

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2020/4

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 № 2 від 28.12.2020)
Вченою радою Київського університету права НАН України
(протокол № 9 від 29.12.2020)

Передплатний індекс 23994

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

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;

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;

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., Хорватова О.О.</i> Оптимізація наукової діяльності в Київському університеті права НАН України у 2021 році	11
Теорія та історія держави і права. Філософія права	
<i>Бойко І.Й.</i> Конституція України 1710 р. та її місце в багатовіковій історії національного державотворення	16
<i>Андросюк В.Г., Волошина О.В.</i> Первинна соціалізація як чинник формування гендерних стереотипів професійної діяльності співробітників сектору безпеки МВС України	26
<i>Бедрій М.М.</i> До питання про функції та завдання правового звичаю	30
<i>Биркович Т.І., Кабанець О.С.</i> Ефективне законодавство як умова демократичного розвитку суспільства	35
<i>Бобровник Д.О.</i> Глобалістський потенціал територіальної громади: актуальні питання визначення, розуміння та можливої реалізації	39
<i>Вовк О.Й.</i> Звід місцевих законів західних губерній 1837 року – пам'ятка муніципального права України	47
<i>Дудченко О.С.</i> Конституційно-правові засади формування органів державної влади та управління Молдавської Автономної Соціалістичної Радянської Республіки (1924–1940 рр.) у складі Української Соціалістичної Радянської Республіки	52
<i>Кахнич В.С.</i> Становлення юридичної освіти в Університеті Мельбурна: міжнародний досвід для Львівського університету	57
<i>Bondarenko Y.I.</i> Legal nature of administrative precedent as a source of law	59
<i>Жук О.Є.</i> Тенденції інноваційного розвитку інформаційної складової правової культури України: теоретико-правовий аспект	64
<i>Перепелиця Х.В.</i> Кримінально-правова характеристика дітовбивства за Кримінальним кодексом Австрії 1852 р.	69
Конституційне право. Муніципальне право	
<i>Белов Д.М.</i> Конституційно-правовий статус людини і громадянина: окремі питання теорії конституціоналізму	74
<i>Александров В.М.</i> Сектор безпеки і оборони України в механізмі реалізації оборонної функції держави	78
<i>Боярський О.О.</i> Людина в територіальній громаді: теоретичні підходи до розуміння знаходження та функціонування	83
<i>Греца С.М.</i> Податкова застава як спосіб забезпечення виконання конституційного обов'язку зі сплати податків і зборів	89
<i>Громовчук М.В.</i> Межі допустимого втручання при проведенні біомедичних досліджень соматичних прав людини	92
<i>Маркуш М.А.</i> Концептуальні проблеми побудови конституційно-правової моделі змагальності кримінального процесу України	96
<i>Міхневич Л.В.</i> Конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції окремих категорій осіб	102
<i>Панфьорова М.А.</i> Права людини в Україні: історико-теоретичний вимір	106
<i>Турченко О.Г.</i> Конституційна скарга в контексті принципу верховенства права	111
<i>Черниш Р.Ф., Тітовець М.П.</i> Окремі проблемні правові, організаційні та інформаційні аспекти утворення і функціонування об'єднаних територіальних громад	117
<i>Боярський В.О.</i> Міжнародний компонент у діяльності органів місцевого самоврядування України	122
<i>Калараши А.А.</i> Теоретичні підходи до розуміння феноменології споживача та її значення для розвитку територіальної громади	130
<i>Компанієць М.М.</i> Актуальні питання вдосконалення надання органами місцевого самоврядування України безоплатної первинної правової допомоги членам територіальної громади	136
<i>Максименко Ю.П.</i> Статус і повноваження сільських, селищних, міських голів у системі місцевого самоврядування України	144
<i>Малашенкова Т.М.</i> Принципи дисциплінарної відповідальності судді у практиці Європейського суду з прав людини	151
<i>Хван Р.М.</i> Муніципальна реформа в Україні: доктринальний підхід до визначення складових системних блоків реалізації	155
Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право	
<i>Стрельченко О.Г., Бухтіяров О.А., Булик І.Л.</i> Природа фінансово-правового регулювання медичного обслуговування працівників Національної поліції	167
<i>Завальнюк І.В.</i> До питання поняття права на справедливий суд	171
<i>Охотнікова О.М., Арбіч Я.О.</i> Публічне адміністрування як запорука забезпечення прав і свобод людини в Україні	174
<i>Сезонов В.С.</i> Історико-правові засади формування системи правового регулювання документообігу в Україні	178
<i>Семчик О.О.</i> Особливості правового забезпечення управлінської діяльності у сфері справляння портових зборів в Україні	184
<i>Босенко Є.Ю.</i> Правовий статус саморегульованих організацій оцінювачів	189
<i>Козут М.Г.</i> Співвідношення прямих та непрямих податків: основні детермінанти	194

<i>Кравець В.В.</i> Адміністративно-правова характеристика первинних історичних етапів зародження, становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення	197
<i>Плескач М.В.</i> Сутність поняття та основні елементи механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини	201
Проблеми цивільного, господарського, трудового права та права соціального забезпечення в Україні	
<i>Джавадов Х.А.</i> До питання про концепцію правового регулювання підготовчого провадження в цивільному процесі	210
<i>Kostruba A.V.</i> Right to defense and subjective civil right: theoretical issues to research	215
<i>Курило М.П., Кузьменко К.О.</i> Деякі аспекти історичного розвитку зловживання правом у цивільному судочинстві	222
<i>Бут І.О.</i> Використання стандарту доказування «баланс ймовірностей» у судовій практиці	227
<i>Гайдулін О.О., Шаркова І.М.</i> Реалізація принципу добросовісності в цивільному законодавстві: питання рекодифікації	233
<i>Мельник О.О.</i> Зміна та розірвання договору у випадку дії обставин форс-мажору внаслідок пандемії	238
<i>Циганчук Н.А., Ляшенко Р.Д., Каленюк В.В.</i> Аутсорсинг та аутстафінг: сутність та практика реалізації	242
<i>Чернега В.М.</i> Розвиток доктрини сімейного права та її вплив на законодавця та суб'єктів правозастосування	245
<i>Гладштейн А.Л.</i> Зміст поняття «антиконкурентні практики» у регіональних торговельних угодах	251
<i>Домбровський К.Г.</i> Історичні етапи розвитку механізму державного регулювання інституту усиновлення	256
<i>Лутууленко А.А.</i> Unauthorized medical intervention and informed consent in the common law of Canada prior to the Supreme Court's decision of Reibl v. Hughes (1899–1980)	260
<i>Майна Г.Є.</i> Особливості виникнення зобов'язання з публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу	282
<i>Олійник О.С.</i> Проблеми застосування приписів закону щодо заборони вилучення активів публічних пенсійних фондів, які знаходяться у банках, що ліквідуються	286
<i>Соловійов Б.О.</i> Цивільно-правова відповідальність авіаперевізника: окремі аспекти	291
<i>Фоменко Я.Є.</i> Проблеми правового регулювання пені як виду цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань в Україні	296
<i>Яковлев Д.О.</i> Цивільно-правова специфіка правовідносин із забезпечення конфіденційності	301
<i>Яковлева Л.В.</i> Договір управління багатоквартирним будинком як юридичний факт та зобов'язальне правовідношення	304
<i>Леонов К.Ю.</i> Правові механізми реалізації корпоративних прав суб'єктами публічного права	309
Проблеми права інтелектуальної власності	
<i>Козут Н.Д., Тарасенко М.В.</i> Особливості захисту прав на оригінальні твори мистецтва: історико-правовий аспект	314
<i>Militsyna K.M.</i> AI Caravan Moves On. Does It Need Copyright Incentives?	320
<i>Потурай К.С.</i> Особливості договірної форми охорони суб'єктивних прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір за законодавством України та країн Європейського союзу	323
<i>Тимошенко Є.А.</i> Штучний інтелект як суб'єкт права інтелектуальної власності	328
Аграрне, земельне та екологічне право	
<i>Бусуйок Д.В.</i> Медіація та припинення договору оренди земельної частки (паю) у випадку її виділення в натурі на місцевості	333
<i>Васянович О.А.</i> Правове становище екологічних біженців як вразливої категорії населення, що потребують еколого-правової охорони	337
<i>Якубович І.І.</i> Аграрні фінансові інтервенції як правова модель реалізації зерна: історія та сучасність	342
Кримінальне право та кримінологія	
<i>Головкін Б.М.</i> Про корупцію в приватному секторі	347
<i>Підюков П.П., Калиновський О.В.</i> Система державного захисту критичної інфраструктури України: генеза, сучасний стан і перспективи оптимізування в умовах подальшого забезпечення національної безпеки країни	355
<i>Біленчук П.Д., Обіход Т.В.</i> Сучасне розуміння стратегії війни і блок НАТО як один із факторів безпеки	360
<i>Гальцова В.В.</i> До питання про кримінально-правову охорону сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх у чинному КК України	364
<i>Глоб Ю.О.</i> Попереджувачий механізм у призмі відповідальності за ст. 384 КК України (введення в оману суду або іншого уповноваженого органу)	368
<i>Михайлов М.В.</i> Ретроспектива нормативного застосування поняття підкупу для опису корупційних кримінальних правопорушень	373
<i>Русавєв А.В.</i> Обставини що підлягають доказуванню у процесі розслідуванні декларування недостовірної інформації (аналіз судової практики)	377
<i>Светлічний І.В.</i> Відновне правосуддя як елемент кримінально-правової охорони прав дітей	383
<i>Сергієвський С.К.</i> Диференціація кримінальної відповідальності за різні форми державної зради	386
<i>Ткаченко С.В.</i> Проведення огляду місця події в місцях тимчасової ізоляції	395

<i>Харитоненко І.О.</i> Феномен кіберзлочинності в сучасній кримінологічній теорії	401
<i>Хлопов А.О.</i> Сутність сталкінгу як суспільно-небезпечного діяння та роль інформації приватного характеру з ознаками таємниці у формуванні тактики поведінки переслідувача	404
<i>Чалий І.С.</i> До питання наукової бази формування поняття соціальної реабілітації засуджених	409
Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство	
<i>Попко В.В.</i> Нюрнберзька модифікація міжнародного злочину та кримінальна відповідальність індивідів	414
<i>Жукорська Я.М.</i> Історія виникнення та становлення миротворчої діяльності ООН	423
<i>Задорожній О.О.</i> Демонізація космічної галузі в Україні	428
<i>Rotán R.</i> Environmental protection principles under Hungarian legislation	431
Гість номера	
<i>Csécsey G.</i> Know-how agreements in Hungarian law	437
<i>Сиренко В.Ф.</i> Кому вигідна корупція в судах?	440
Студентська трибуна	
<i>Дворак А.Ю.</i> Правове забезпечення співпраці України та Міжнародного валютного фонду в сфері соціального забезпечення (2014–2020 р.р.): недоліки та шляхи посилення	447
<i>Демченко Д.С.</i> Апроксимація інституту захисту прав споживачів при роздрібній купівлі-продажу до актів ЄС	452
Рецензії	
<i>Олійник О.С.</i> Рецензія на монографію «Актуальні проблеми права України та Польщі»	458
<i>Скрипнюк О.В.</i> Рецензія на монографію О.В. Сінькевич «Функції конституційного права як галузі права України»	459
<i>Чорноус Ю.М.</i> Рецензія на монографію, видану Київським університетом права НАН України, «Сучасне державотворення: правова трансформація в умовах світових змін»	460
<i>Ярмиш О.Н.</i> Рецензія на підручник «Вступ до українського права» за ред. Б. Візера, Я. Лазура та О. Білаша	462
<i>Dobkowski J.</i> Recenzja monografii dr. Ołesi Radyszewskiej pt. Prawo administracyjne Ukrainy w warunkach europeizacji	464
Редакційні повідомлення	466

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 30.12.2020. Формат 60×84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 54,2. Обл.-вид. арк. 63,5. 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

2020/4

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 № 2, 2020/12/28)
Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine Academic Council
(protocol № 9, 2020/12/29)

Subscription index 23994

Editorial team

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 (*Editor-in-Chief*);

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;

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;

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 the Law Faculty 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, Oksana Horvatova. The optimization of scientific activities at Kyiv University of Law of the National Academy of Sciences of Ukraine in 2021</i>	11
State and law theory and history. Philosophy of law	
<i>Igor Boiko. The Constitution of Ukraine of 1710 and its place in the centuries-old history of nation-building</i>	16
<i>Viacheslav Androsyuk, Oksana Voloshina. Primary socialization as a formation factor of gender stereotypes of professional activity of the security sector employees of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine</i>	26
<i>Marian Bedrii. On the question of the functions and tasks of legal custom</i>	30
<i>Tetyana Byrkovych, Oleksandr Kabanets. Effective legislation as a prerequisite for the democratic development of society</i>	35
<i>Denis Bobrovnyk. Globalist potential of the territorial community: current issues of definition, understanding and possible implementation</i>	39
<i>Oleksandr Vovk. The Code of Local Laws of the Western Provinces of 1837 as the monument of municipal law of Ukraine</i>	47
<i>Oksana Dudchenko. Constitutional and legal principles of formation of governance and governance of the Moldovan ASSR (1924–1940) as part of the Ukrainian USSR</i>	52
<i>Volodymyr Kakhnych. Formation of Legal Education at the University of Melbourne: International Experience for the University of Lviv</i>	57
<i>Yevheniia Bondarenko. Legal nature of administrative precedent as a source of law</i>	60
<i>Oleksandr Zhuk. Trends of innovative development of the information component of the legal culture of Ukraine: theoretical and legal aspect</i>	64
<i>Khrystyna Perepelytsia. Criminal and legal characteristics of infanticide under the Austrian Criminal Code 1852</i>	69
Constitutional law. Municipal law	
<i>Dmitro Byelov. Constitutional and legal status of man and citizen: certain issues of the theory of constitutionalism</i>	74
<i>Viacheslav Alexandrov. Security and defense sector of Ukraine in the mechanism of realization of the defense function of the state</i>	78
<i>Olexandr Boyarsky. Man in the territorial community: theoretical approaches to understanding the location and functioning</i>	83
<i>Svitlana Hretsa. Tax lien as a way to ensure the fulfillment of the constitutional obligation to pay taxes and fees</i>	89
<i>Myroslava Hromovchuk. Limits of permissible intervention in biomedical studies of somatic human rights</i>	92
<i>Mariia Markush. Conceptual problems of construction of the constitutional and legal model of adversarial proceedings of the criminal process of Ukraine</i>	96
<i>Liudmyla Mikhnevych. The constitutional right to the confidentiality of listening, telephone conversation, telegraph and other correspondence of separate categories of persons</i>	102
<i>Maryna Panforova. Human rights in Ukraine: historical and theoretical dimension</i>	106
<i>Olha Turchenko. Constitutional complaint in the context of the principle of the rule of law</i>	111
<i>Roman Chernysh, Mariia Titovets. Some problematic legal, organizational and informational aspects of the formation and functioning of united territorial communities</i>	117
<i>Volodimir Boyarsky. International component in the activities of local self-government bodies of Ukraine</i>	122
<i>Andriy Kalarash. Theoretical approaches to understanding consumer phenomenology and its significance for the development of the territorial community</i>	130
<i>Mykola Kompaniets. Topical issues of improving the provision of free primary legal assistance to members of a territorial community by local governments of Ukraine</i>	136
<i>Yuriy Maksimenko. Status and powers of village, settlement, city mayors in the system of local self-government of Ukraine</i>	144
<i>Tetiana Malashenkova. Principles of disciplinary liability of a judge in the case law of the European Court of Human Rights</i>	151
<i>Ruslan Hwan. Municipal reform in Ukraine: a doctrinal approach to determining the components of system implementation blocks</i>	155
State governing and administrative law issues. Financial law. Information law	
<i>Oksana Strelchenko, Alexey Bukhtiyarov, Iryna Bulyk. Nature financial and legal regulation of medical service of National Police employees</i>	167
<i>Ihor Zavalniuk. On the question of the concept of the right to a fair trial</i>	171
<i>Olena Orhotnikova, Yaroslava Arbych. Public administration as a guarantee of human rights and freedoms in Ukraine</i>	174
<i>Viktor Sezonov. Historical and legal principles of formation of the system of legal regulation of document flow in Ukraine</i>	178
<i>Olga Semchyk. Peculiarities of legal regulation of port dues administration in Ukraine</i>	184
<i>Yevhenii Bosenko. Legal status of Self-Regulating Organizations of Appraisals</i>	189
<i>Maryna Kohut. The ratio of direct and indirect taxes: the main determinants</i>	194
<i>Viktoriia Kravets. Administrative and legal characteristics of the primary historical stages of origin, formation and development of medical care</i>	197
<i>Mariia Pleskach. The mechanism of administrative and legal support of human cybersecurity: concept and basic elements</i>	201

The issues of civil law, commercial law, labour law and social security law of Ukraine

<i>Hikmat Javadov</i> . On the issue of the concept of legal regulation of preparatory proceedings in civil procedure	210
<i>Anatolii Kostruba</i> . Right to defense and subjective civil right: theoretical issues to research	215
<i>Mykola Kurylo, Krystyna Kuzmenko</i> . Some aspects of the historical development of abuse of right in civil proceedings ...	222
<i>Illia But</i> . Application of the Balance of Probabilities Standard of Proof in Judicial Practice	227
<i>Oleksandr Gaydulyn, Iryna Sharkova</i> . Implementation of the good faith principle in civil legislation: issues of recodification	233
<i>Olga Melnyk</i> . Change and termination of the agreement in case of force major circumstances due to the pandemic	238
<i>Nataliia Tsyganchuk, Ruslana Liashenko, Viktoriia Kaleniuk</i> . Outsourcing and outstaffing: essence and practice of implementation	242
<i>Vitalii Cherneha</i> . Development of the doctrine of family law and it's effect on the legislator and subjects of law enforcement	245
<i>Anna Gladshstein</i> . The content of anticompetitive practices	251
<i>Kyrylo Dombrovsky</i> . Historical stages of development of the mechanism of state regulation of the institution of adoption	256
<i>Anatolii Lytvynenko</i> . Unauthorized medical intervention and informed consent in the common law of Canada prior to the Supreme Court's decision of <i>Reibl v. Hughes</i> (1899–1980)	260
<i>Ganna Maina</i> . The specificity of establishment of relationships from a public promise of a reward without contest	282
<i>Oleh Oliinyk</i> . Problems of application of the provisions of the law on the prohibition of withdrawal of assets of public pension funds located in liquidated banks	286
<i>Borys Soloviov</i> . Civil liability of an air carrier: certain aspects	291
<i>Yaryna Fomenko</i> . Problems of legal regulation of delay interest as a type of civil liability for breach of monetary obligations in Ukraine	296
<i>Dmytro Yakovlev</i> . The civil-juridical specificity of confidentiality relationships	301
<i>Liudmyla Yakovlieva</i> . The contract of the management of apartment building as a legal fact and a binding legal relationship	304
<i>Konstantin Leonov</i> . Legal mechanisms for the implementation of corporate rights by public law entities	309

Intellectual property law issues

<i>Natalia Kogut, Marharyta Tarasenko</i> . Peculiarities of Author's Rights Protection to Original Works of Art: Historical and Legal Aspect	314
<i>Kateryna Milityna</i> . AI Caravan Moves On. Does It Need Copyright Incentives?	320
<i>Kateryna Poturai</i> . The features of the contractual form of protection of subjective intellectual property rights for a cinematographic work under the laws of Ukraine and the countries of the European Union	323
<i>Yelizaveta Tymoshenko</i> . Artificial intelligence as a subject of property law	328

Agricultural, land and environmental law

<i>Diana Busuiok</i> . Mediation and termination of the lease agreement of the land share in case of its allocation in kind on the ground	333
<i>Olga Vasianovych</i> . Legal status of environmental refugees as a vulnerable categories of the population requiring environmental and legal protection	337
<i>Igor Iakubovych</i> . Agrarian financial interventions as a legal model for the sale of grain: history and modernity	342

Criminal law and criminology

<i>Bohdan Holovkin</i> . About corruption in the private sector	347
<i>Petro Pidnyukov, Oleksandr Kalynovskiy</i> . The system of state protection of critical infrastructure of Ukraine: genesis, current state and prospects for optimization in terms of further national security	355
<i>Petro Bilenchuk, Tetyana Obikhod</i> . Modern understanding of war strategy and the NATO bloc as one of the security factors	360
<i>Victoria Haltsova</i> . On Legal Protection of Family, the Rights and Interests of Minors in the Current Penal Code of Ukraine	364
<i>Yuriy Glomb</i> . The warning mechanism in the prism of responsibility under Art. 384 of the Criminal code of Ukraine (misleading of court or other authorized authority)	368
<i>Mykhailo Mykhailov</i> . Retrospective of normative application of the concept of bribery to describe corruption criminal offenses	373
<i>Andrii Rusaev</i> . Circumstances to be proved in the procedure of investigation of inaccurate information (case law analysis)	377
<i>Igor Sviatlichnyi</i> . Restorative justice as an element of criminal protection of children's rights	383
<i>Sergii Sergiievskiy</i> . Differentiation of criminal liability for various forms of high treason	386
<i>Serhii Tkachenko</i> . Conducting an inspection of the scene in places of detention	395
<i>Ihor Kharytonenko</i> . The phenomenon of cybercrime in modern criminological theory	401
<i>Artem Khlopov</i> . The essence of stalking as a socially dangerous act and the role of information of private character with signs of secrecy in the formation of tactics behavior of pursuer	404
<i>Igor Chalyi</i> . To the question of scientific basis for the concept establishment of social rehabilitation of convicts	409

Contents

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

<i>Vadym Popko</i> . Nuremberg modification of international crime and criminal responsibility of individuals	414
<i>Yaryna Zhukorska</i> . The emergence and development of UN peacekeeping activities	423
<i>Oleksandr Zadorozhnii</i> . Demonopolization of the space industry in Ukraine	428
<i>Róbert Román</i> . Environmental protection principles under Hungarian legislation	431

Issue guest

<i>György Csécsy</i> . Know-how agreements in Hungarian law	437
<i>Vasyl Sirenko</i> . Who benefits from corruption in courts?	440

Students' forum

<i>Andrii Dvorak</i> . Legal support of cooperation between Ukraine and the International Monetary Fund in the field of social security (2014–2020): shortcomings and ways to strengthen	447
<i>Danylo Demchenko</i> . Approximation of customers' rights institution concerning retail purchase-sale to the European Union provisions	452

Reviews

<i>Olena Oliynyk</i> . Review of the monograph "Topical problems of law of Ukraine and Poland"	458
<i>Olexander Skrypnyuk</i> . Review of the monograph "Functions of constitutional law as a branch of law of Ukraine" by O. Sinkevych	459
<i>Yuliia Chornous</i> . Review of the monograph "Modern state formation: legal transformation in the context of global change" of the Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine	460
<i>Olexander Yarmysh</i> . Review of the textbook "Introduction to Ukrainian law", ed. B. Wieser, Ya. Lazur and O. Bilash	462
<i>Jarosław Dobkowski</i> . Review of monograph "Administrative law of Ukraine in the context of europeanization" by Olesya Radyshevska	464

Editorial message	466
--------------------------------	-----

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 2020/12/30. Format 60×84 1/8. Offset printing. Conventional printed sheets 54,2. Published sheets 63,5. 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, О.О. ХОРВАТОВА

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

Оксана Олегівна Хорватова, кандидат юридичних наук, доцент, проректор Київського університету права НАН України

ОПТИМІЗАЦІЯ НАУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В КИЇВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ ПРАВА НАН УКРАЇНИ У 2021 РОЦІ

Вища юридична освіта ХХІ ст. є складовою правової освіти в цілому, головне завдання якої – утвердження в суспільстві та державі принципу верховенства права. Тенденції соціально-політичних та економічних змін останніх років вимагають від української держави та суспільства реформування системи юридичної науки і освіти, що має стати важливою складовою соціального прогресу.

Юридична наука та освіта сьогодні розглядаються в сукупності як єдиний взаємозумовлений комплекс, завданням якого є забезпечення різних галузей економіки висококваліфікованими кадрами, створення нових технологій та проведення наукових досліджень з подальшим втіленням їх результатів у практичну діяльність. Варто наголосити на тому, що юридична наука та освіта посідають чільне місце в системі освіти, оскільки глибоко пов'язані із формуванням суспільної свідомості та правосвідомості, правової культури, правового виховання, правової освіченості й обізнаності громадян. А власне сама юридична наука виступає запорукою розбудови України в сучасних умовах як правової, демократичної держави.

Київський університет права НАН України є єдиним у нашій країні навчальним закладом у системі Національної академії наук України, який упродовж 25 років здійснює підготовку висококваліфікованих юристів, у тому числі фахівців із міжнародного права. Одночасно університет є науковою установою Академії. А покладена в основу його діяльності концепція зближення фундаментальних правознавчих досліджень і юридичної освіти дала змогу сформувати унікальний науково-освітній комплекс, у якому провідні вчені Академії безпосередньо передають свої знання студентській молоді.

У цьому році університет відсвяткував 25 років із дати заснування. За роки своєї діяльності КУП НАНУ став вагомим складовою частиною унікального для нашої країни науково-освітнього комплексу, інтелектуальної підвалини якого заклав Інститут держави і права імені В.М. Корецького НАН України.

Основне завдання університету можна сформулювати так: «Навчати студентів не догмі закону, а духу права». Водночас найважливішим стратегічним завданням для університету на сьогоднішньому етапі модернізації вищої освіти України є забезпечення якості підготовки фахівців на рівні міжнародних стандартів. Розв'язання цього завдання можливе за умови впровадження інноваційних технологій навчання. Так, однією із важливих форм практичної підготовки студентів є впровадження університетом в освітню діяльність майстер-класів. Необхідно зазначити, що у провідних країнах світу майстер-класи є однією з найбільш ефективних форм отримання нових знань разом із традиційними формами навчання. Основними перевагами майстер-класів є поєднання активних форм навчання з використанням сучасних інформаційних технологій, індивідуальної роботи, набуттям та закріпленням практичних знань і навичок.

МАЙСТЕР-КЛАСИ

У Київському університеті права НАН України майстер-класи проводяться регулярно, паралельно із вивченням певного навчального предмета. Це сприяє формуванню інформаційної обізнаності студентів та викладачів із сучасними реальними дослідженнями науковців та напрацюваннями практиків України і зарубіжних країн, вмінню використовувати інформаційні джерела і перетворювати їх на підґрунтя розробки власних та консолідованих теоретичних і прикладних проєктів, що сприятиме створенню нових власних інформаційних ресурсів, інтеграції університету до світового інформаційного та науково-дослідницького простору.

ру. До участі в майстер-класах запрошуються найкращі вітчизняні та закордонні фахівці різних галузей права, керівники національних і зарубіжних органів державної влади й місцевого самоврядування, діячі міжнародних організацій, науковці й керівники вищих навчальних закладів Швейцарії, Ізраїлю, США, Італії, Чорногорії, Австрії, Німеччини, Угорщини, Польщі, Грузії, Азербайджану та України. Зокрема, у 2015–2020 рр. майстер-класи у КУП НАН України та його філіях провели: Міхал Швантнер (директор департаменту країн з перехідною та розвинутою економікою Всесвітньої організації інтелектуальної власності); Адам Махарадзе (доктор юридичних наук, професор, декан юридичного факультету Батумського державного університету ім. Шота Руставелі); Зумруд Наджафов (викладач кафедри регульованої економіки Державного економічного університету (UNEC) Азербайджанської Республіки); Джозеф Зігеле (генеральний секретар Європейського інституту омбудсмена (ЄІО)); Лука Меззетті (професор, декан юридичного факультету Болонського університету); Вільям Батлер (доктор права, професор Пенсильванського університету (США) та ін.

НАУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ КАФЕДР

Наукову діяльність та освітній процес у Київському університеті права НАН України забезпечують основні чотири кафедри: кафедра загальнотеоретичних правових соціально-гуманітарних дисциплін; кафедра державно-правових та галузевих правових дисциплін; кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства; кафедра кримінального права та процесу. Освітній процес проводиться відповідно до Законів України «Про освіту», «Про вищу освіту», «Про наукову та науково-технічну діяльність», наказу ректора «Про організацію освітнього процесу в КУП НАНУ», планів наукових досліджень університету та Національної академії наук України, відокремлених підрозділів, кафедр, а також за індивідуальними планами науково-педагогічних працівників та аспірантів.

Слід зазначити, що наукова робота КУП НАНУ спрямована на дослідження особливостей та тенденцій стійкого розвитку інституту права, сучасних умов законотворчої діяльності, правозастосовної та судової практики, а також вивчення позитивного міжнародного правового досвіду в контексті функціонування політичної, соціально-економічної системи України, розвитку сучасних технологій тощо. Особлива увага в університеті приділяється розвитку наукових шкіл, підвищенню ефективності їх діяльності. Так, науково-дослідна діяльність здійснюється в контексті її інтеграції з юридичною освітою, де найбільш ефективною та системною формою такої інтеграції є творче співробітництво КУП НАНУ з Інститутом держави і права імені В.М. Корецького НАН України. Наукові дослідження зорієнтовано на вивчення актуальних проблем державотворення та правотворення, сучасних проблем і перспектив розвитку національного законодавства, вироблення науково обґрунтованих пропозицій щодо подальшого розвитку й удосконалення національної правової системи в цілому.

Сьогодні одними з головних напрямів науково-дослідної діяльності Київського університету права НАН України є: розробка та дослідження науково-дослідних тем у галузі державотворення та правотворення; проведення міжнародних і всеукраїнських науково-практичних конференцій та інших наукових заходів; науково-дослідна діяльність науково-педагогічних працівників, аспірантів та студентів; підготовка наукових кадрів в аспірантурі; видавнича діяльність. Так, у цьому році колектив КУП працює над плановою темою «Сучасне державотворення: правова трансформація в умовах світових змін». Метою даної наукової роботи є дослідження та аналіз сучасних правових доктрин розвитку основних інститутів суспільства та держави.

Слід зазначити, що результатом наукових досліджень КУП НАНУ у 2019–2020 рр. стало видання наступних колективних наукових праць.

«Сучасне державотворення: правова трансформація в умовах світових змін». Ця фундаментальна праця за загальною редакцією ректора університету, професора Юрія Бошицького є результатом дворічної співпраці науковців університету з колегами зі США, Німеччини, Ізраїлю, Польщі, Угорщини та Азербайджану, в якій вдалося об'єднати багаторічні міжнародні наукові зв'язки КУП НАНУ з університетами, науковими центрами, окремими вченими низки зарубіжних країн для фундаментального дослідження кола проблем у сфері державотворення як в Україні, так у світі.

У тандемі з польськими науковцями факультету права та управління Гданського університету видано 3-й та 4-й томи міжнародної колективної монографії **«Актуальні проблеми права України та Польщі»**, за загальною редакцією ректора КУП НАН України професора Юрія Бошицького та професора Анджея Шміта (Польща). Дана монографія дає цілісне уявлення про загальний вектор розвитку сучасного процесу правотворчості як базисної складової сучасного цивілізованого суспільства в цілому та правової держави зокрема, а також важливим теоретичним та практичним проблемам правозастосування на даному етапі розвитку держав.

Монографія є однією зі спроб комплексно, з використанням сучасних методів пізнання, врахуванням новітніх наукових досягнень дослідити трансформацію норм національного та європейського законодавства в сучасних умовах. Монографія складається із двох розділів, що відображають теоретико-правові аспекти права України, Польщі та світу.

Ще однією спільною науковою працею 2020 р. стала монографія науковців факультету права та управління Гданського університету і Київського університету права НАН України **«Polsko-ukrainiskie miscellanea prawnicze»**, за загальною редакцією професора Юрія Бошицького та професора Анджея Шміта. Монографія є результатом давньої партнерської традиції спільних наукових розробок правознавців двох університетів і вже четвертим колективним українсько-польським виданням, яке присвячене актуальним проблемам українського та польського права. У колективній монографії розглядаються, зокрема, основні аспекти розвитку конституційного права та права інтелектуальної власності в Україні та Польщі на сучасному етапі.

Співпрацю між двома університетами було започатковано ще у 2010 р. підписанням відповідного меморандуму. На початку 2018 р. в Україні вже побачила світ колективна монографія «Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)», а у 2019 р. в Польщі вийшла друком друга спільна праця науковців гданського університету та КУП НАН України – «Aktualne problem prawa Polski i Ukrainy». Отже, як показує досвід, спільні наукові видання науково-педагогічних працівників Гданського університету та Київського університету права НАН України дають змогу почути один одного, йти вперед у науковому пізнанні й розв'язанні нагальних завдань.

Не були осторонь наукових розробок і аспіранти КУП. Так, силами відділу аспірантури підготовлено та видано збірник наукових праць молодих науковців і аспірантів Київського університету права НАН України під назвою «**Актуальні проблеми сучасної юридичної науки та практики**». У роботі розглянуто теоретичні і прикладні проблеми кримінального права й кримінології, цивільного, господарського та трудового права, адміністративного, фінансового та інформаційного права. Надзвичайно приємно, що серед авторів видання є випускники аспірантури КУП НАН України, серед яких адвокати, судді, практики. А оскільки університет завжди приділяв багато уваги науковим дослідженням проблем національного та міжнародного права, то аспірантура відіграє в цьому контексті важливу роль, де пріоритетами роботи на сьогодні є максимальне сприяння широкоаспектному розвитку аспірантів-правознавців. Задля цього в університеті створено всі умови, що надають аспірантам можливість брати участь у різних наукових конференціях, олімпіадах, науково-практичних семінарах, не тільки в Україні, а й за кордоном.

НАУКОВІ КОНФЕРЕНЦІЇ

В університеті склалася практика проведення численних всеукраїнських та міжнародних науково-практичних конференцій, наукових читань, круглих столів, дискусій, брейн-рингів, в яких активно беруть участь студенти, аспіранти, професорсько-викладацький склад, наші закордонні колеги та партнери.

Новий навчальний рік у Київському університеті права НАН України розпочався в умовах всесвітньої боротьби з пандемією Covid-19, коли науковці не мали змоги очно спілкуватися один з одним, відвідувати лекції, тренінги своїх колег. Проте нові реалії не зупинили цікаве та насичене наукове життя університету. Адміністрацією університету було внесено низку змін у звичний режим наукової діяльності, що дало змогу перейти на новий для себе змішаний та дистанційний режим участі в наукових міжнародних заходах. Так, було проведено численні наукові та практичні заходи, конференції, круглі столи за участю студентів, аспірантів. Зокрема, 10 грудня 2020 р. у річницю прийняття ООН «Загальної Декларації прав людини й громадянина», у рамках Всеукраїнського тижня права, спільної програми Міністерства юстиції України та міжнародної організації USAID «Я МАЮ ПРАВО!» і з нагоди 25-річчя заснування КУП НАНУ відбулась Міжнародна науково-практична конференція «Права людини та їх реалізація в Україні та світі».

А серед головних традиційних щорічних конференцій університету слід відмітити такі: Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі» (започаткована у 2014 р.); Науково-практична конференція Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативності та педагогічні стратегії» (започаткована у 2011 р.); з 2008 р. започатковано проведення «Наукових читань, присвячених пам'яті В.М. Корецького», метою яких є сприяння формуванню навичок написання самостійного наукового дослідження з постановкою та вирішенням значущих соціальних і наукових проблем, оволодіння комунікативними навичками на рівні вільного спілкування під час оприлюднення доповіді та її обговорення; Всеукраїнська науково-практична конференція «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні» (започаткована у 2009 р.); Міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми правової системи України» (започаткована у 2009 р.); Міжнародна науково-практична конференція «Європейська юридична освіта та наука» (започаткована у 2006 р.); Всеукраїнська науково-практична конференція «Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку» (започаткована у 2001 р.) та інші.

У 2019 р. під патронатом Міністерства освіти і науки спільно з Батумським державним університетом ім. Шота Руставелі було започатковано проведення щорічної «Міжнародної зимової школи з прав людини», що є вагомим внеском у скарбницю міжнародного студентського товариства і науки в цілому.

На 2021 р. в КУП НАН України заплановано проведення численних заходів, як-от: Конкурс наукових робіт школярів 10–11-х класів «Основи юридичної відповідальності неповнолітніх», XXII Всеукраїнська науково-практична конференція студентів та аспірантів «Актуальні проблеми правотворення в сучасній Україні», щомісячний спільний проєкт КУП НАН України та Rotary Kyiv International Club «Школа фінансової грамотності для школярів», який започатковано в рамках міжнародного партнерства та профорієнтаційної роботи; організація та проведення семінару-тренінгу за участі представників Американської асоціації поліграфологів на тему «Поліграф у службових та приватних розслідуваннях», круглий стіл на тему «Основні помилки при складанні процесуальних документів під час досудового розслідування кримінальних проваджень» за участю представників Державного бюро розслідувань, науково-практичний круглий стіл за участю експертів Київського НДЕКЦ МВС України на тему «Теорія та практика судової експертизи і криміналістики».

На особливу увагу заслуговують заходи до вшанування 131 річниці з дня народження В.М. Корецького, одного з відомих українських радянських юристів-міжнародників, спеціаліст у галузі міжнародного приватного права та загальної історії держави та права, академіка АН УРСР. Свого часу В.М. Корецький очолював Інститут держави та права АН УРСР, входив до складу радянських делегацій на сесіях Генеральної Асамблеї

ООН, брав участь у роботі низки міжнародних конференцій і комісій ООН. Був членом Постійної палати третейського суду (з 1957 р.), у 1961–1970 рр. – членом, а в 1967–1970 рр. – віце-президентом Міжнародного суду ООН. Саме тому з нагоди дня народження видатного вченого в КУП НАН України заплановано проведення таких урочистих подій, як круглий стіл на тему «Електронне право в еру цифрової асиметричної трансформації», бібліографічний огляд-виставка наукових праць В.М. Корецького, а також круглий стіл на тему «Наукова спадщина академіка В.М. Корецького та її значення для сучасності».

ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Важливою складовою будь-якої наукової роботи є публікація результатів досліджень у фахових виданнях. Саме для цього та з метою поширення інформації про результати наукових досліджень з фундаментальних проблем держави і права Київським університетом права НАН України та Інститутом держави і права імені В.М. Корецького НАН України у 2001 р. було засновано юридичний науково-теоретичний щоквартальник «Часопис Київського університету права», який внесено до списку фахових видань (юридичні науки).

На сторінках журналу друкуються статті провідних вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі юриспруденції, висвітлюються актуальні проблеми всіх галузей права, а також теоретичні та практичні питання, що виникають у юристів під час здійснення ними професійної діяльності. Разом із тим часопис інформує наукову та юридичну громадськість про нові видання в галузі юриспруденції, розміщує на своїх сторінках рецензії наукових та навчальних видань, хроніку наукових заходів університету, новинки академічного і студентського життя університету.

Як науково-теоретичне видання часопис постійно розширює свої рубрики. Сьогодні він складається з 18 розділів:

Часопис розвивається, збільшує свій обсяг та наклад, а також набуває все більшої популярності. Так, якщо в № 1 за 2001 р. містилося 14 фахових статей, то у № 4 за 2020 р. – вже 90. Обсяг журналу збільшився з 96 до 520 сторінок. За цей час у часописі опубліковано майже 5000 фахових статей.

У 2014 р. «Часопис Київського університету права» внесено до двох міжнародних наукометричних баз даних - *HeinOnline* (США) та *Index Copernicus International* (Польща). Щороку показники індексації в *Index Copernicus* зростають і нині вони – одні з найкращих серед українських юридичних видань. У 2019 р. журнал внесено до бази даних **CrossRef** (США).

Видання розповсюджується в системі органів державної влади та управління, системі вищої освіти України, юридичних навчальних закладах, правничих фірмах тощо. Кожен номер «Часопису», що побачив світ, можна читати також і на власному сайті журналу.

«Часопис Київського університету права» визнаний науковою громадськістю та користується заслуженим авторитетом.

Черговим свідченням відповідності «Часопису Київського університету права» високим фаховим вимогам стало те, що він успішно пройшов перереєстрацію та відповідно до Наказу Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2019 р. № 1643 внесений до Переліку наукових фахових видань України (категорія «Б»).

Дев'ятнадцятирічна історія існування журналу має відмітну рису – постійний розвиток, незважаючи на будь-які обставини.

БІБЛІОТЕКА КУП НАНУ

Важливого значення університет надає розвитку наукової бібліотеки, яка є структурним підрозділом Київського університету права НАН України, однією з найсучасніших університетських книгозбірень юридичного та гуманітарного профілю. Нині бібліотечний фонд налічує 150 тисяч примірників книг та періодичних видань, надруковані понад 15 мовами світу. Основну частину бібліотечного фонду становлять підручники та навчальні посібники з права та суспільно-гуманітарних дисциплін, наукові праці професорсько-викладацького колективу університету та відомих науковців України та світу, фахові журнали й наукові збірники України, США, Угорщини, Польщі, Німеччини, Болгарії, Словаччини, Молдови, Грузії, Азербайджану тощо.

Також в університеті функціонує перша в Україні бібліотека-депозитарій Всесвітньої організації інтелектуальної власності, створена в рамках програми «WIPO Publications Depository Library Program», яка сприяє глибокому вивченню студентами, аспірантами, вченими університету питань захисту інтелектуальної власності та діяльності Всесвітньої організації інтелектуальної власності. Бібліотека-депозитарій ВОІВ є доступною для вітчизняних фахівців у галузі права інтелектуальної власності та усіх, хто цікавиться питаннями інтелектуальної власності, її правового регулювання й захисту.

Окрема «Колекція іноземної літератури», в якій зібрано понад 3 тисячі друківаних видань, створена завдяки подарункам зарубіжних вчених та університетів-партнерів КУП НАНУ. Бібліотека надає вільний доступ до цього унікального зібрання юридичної літератури усім, хто має наукові інтереси у вивченні галузей права країн Європи, Америки та Азії.

У «Колекції праць науковців КУП НАНУ», яка налічує близько 2,5 тисяч примірників, – монографії, підручники, навчальні посібники університетських вчених, подаровані авторами та видані Київським університетом права НАН України.

Невід'ємною складовою частиною роботи бібліотеки на допомогу читачеві є інформація, що міститься в електронних та карткових каталогах і картотеках. Бібліотека має значний за обсягом та унікальний за складом електронний інформаційний ресурс, який поєднує електронні каталоги книжкових видань, авторефератів, статей періодичних видань і наукових збірників.

Щороку оформлюється понад 100 книжково-ілюстративних виставок різноманітної тематики, на яких експонуються тисячі книг та журналів. За допомогою інформаційно-довідкового фонду, який включає більшість енциклопедичних видань України останніх років, довідкові та бібліографічні видання і власні інформаційні бази даних, протягом навчального року бібліотека надає понад 5 тисяч інформаційно-бібліографічних довідок різної тематики. Університетська бібліотека активно запроваджує нові інформаційні технології: комп'ютери в читальному залі з вільним доступом до Інтернету, вільний WI-FI, можливість для читачів користуватись сучасними гаджетами та використання пошукових можливостей електронних каталогів та «Електронної бібліотеки студента-правника». За допомогою автоматизованої бібліотечної системи «УФД/Бібліотека» проводиться робота з комплектування фонду, обробки нових надходжень, готуються бібліографічні матеріали, доповнюються актуальні бази даних тощо.

Діяльність Наукової бібліотеки Київського університету права НАН України сприяє втіленню загальної стратегії розвитку університету – інтеграції юридичної науки та вищої юридичної освіти через науково-інформаційне забезпечення освітнього процесу та науково-дослідницької роботи, формування серед користувачів високої інформаційної культури, навчання сучасним методам оволодіння знаннями та навичкам у використанні традиційних методик і новітніх інформаційних технологій.

МУЗЕЙ КУП НАНУ

Гордістю університету є його сім музеїв. Найбільш відвідуваний серед них – Музей криміналістики ім. Ганса Гросса, призначений, по-перше, для формування стратегії і тактики оволодіння знаннями, практичних навичок і вмінь застосування криміналістичної техніки, оформлення матеріалів для проведення криміналістичних експертиз, по-друге, для здійснення наукових досліджень, пропаганди досягнень вітчизняної, європейської і світової криміналістики, по-третє, для ознайомлення з тактикою і методикою проведення слідчих дій з метою пізнання, доказування і розслідування злочинів.

Музей криміналістики – це навчально-методичний, науково-дослідний та культурно-освітній заклад, призначений для вивчення, збереження та використання об'єктів, що були речовими доказами та предметами експертних досліджень, незвичайних знарядь злочинів, інших речей, які становлять освітній, науковий і практичний інтерес, залучення студентів інших навчальних закладів та експертів-практиків до наукових досліджень, організації та проведення екскурсійної роботи серед громадян, які виявили бажання ознайомитись із здобутками і перспективними напрямками діяльності криміналістів. Експонати музею використовуються студентами як зразки під час проведення навчальних занять. У структурі Музею криміналістики було створено та діють кабінет «Трасології і дактилоскопії», в якому розташовані різноманітні прилади та експонати виявлення видимих та невидимих слідів вчинення злочинів, зразки засобів флюорисцентного і люмінофорного маркування, набір важко вивідних фарб та інші прилади виявлення слідів злочинів. На особливу увагу заслуговує науково-дослідний центр та лабораторія грид-технологій, кібербезпеки, кіберкриміналістики і ядерної криміналістики, в яких кращі студенти під керівництвом викладачів проводять криміналістичні дослідження. У цілому криміналістичний полігон, на базі якого проводяться балістичні дослідження, експонуються різноманітні фототехнічні прилади, а на спеціальних стендах висвітлюються ознаки вогнепальної та холодної зброї.

Музей підробок Українського альянсу по боротьбі з підробками та піратством (УАПП) був створений у КУП НАНУ в 2016 р. під гаслом просвітницької кампанії «Всесвітній день боротьби з підробками», започаткованої Всесвітньою групою по боротьбі з підробками (GACG Network) у 1998 р. Численні заходи, які відбуваються в Україні, у Європі та США, наголошують на міжнародних аспектах порушення прав інтелектуальної власності та підкреслюють зростаючу потребу світової спільноти у спільній боротьбі з підробками. Особлива увага завжди приділяється тим підробкам, які загрожують здоров'ю та безпеці людей, адже виготовлення і продаж контрафактних товарів – це глобальна проблема, пов'язана з багатомільярдним обігом, що має серйозні економічні, соціальні й екологічні наслідки для держав і споживачів.

Також на території університету діють Музей комп'ютерних технологій та криміналістичної техніки ім. академіка В.М. Глушкова, Кабінет міжнародного права ім. В.М. Корецького, Кабінет історії українського права ім. М.П. Василенка, Кабінет земельного та аграрного права ім. В.І. Семчика, Історико-етнографічний музей Київського університету права НАН України.

На завершення хочемо зазначити, що у 2021 р. науково-педагогічний колектив університету очікує активна й наполеглива наукова діяльність, спрямована на пошуки нових наукових ідей, проектів та розробок, а також на формування кардинально нового покоління юристів із фундаментальними та спеціальними знаннями, здатністю до самостійної творчої праці з урахуванням вимог часу і змін, що відбуваються в світі.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.01

УДК 340

І.Й. БОЙКО

*Ігор Йосипович Бойко, доктор юридичних наук,
професор, завідувач кафедри Львівського національного
університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0003-1377-2328

КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ 1710 р. ТА ЇЇ МІСЦЕ В БАГАТОВІКОВІЙ ІСТОРІЇ НАЦІОНАЛЬНОГО ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ

У сучасних умовах захисту державної незалежності та територіальної цілісності України значна увага приділяється поглибленому вивченню історії національного державотворення, важливою складовою якого була багатовікова боротьба української нації як корінної, титульної за право на створення власної держави. В основі національного державотворення лежить довготривалий складний процес зародження, становлення та розвитку української державності, що має своїм результатом створення української держави як підсумок розвитку української нації. Державність є своєрідним фундаментом, корінням держави, а остання, у свою чергу, є однією зі складових – своєрідним вінцем державності¹. Відродження України як суверенної та незалежної держави у 1991 р. є цивілізаційним надбанням української нації та усього українського народу². Це має важливе значення для духовного розвитку та оздоровлення українського народу, формування свідомого патріотизму, остаточного подолання нав'язаного століттями комплексу меншовартості, неповноцінності та провінційності, врешті-решт інтеграції України до Європейського Союзу. Сучасне поглиблене вивчення історії національного державотворення повинно сприяти консолідації української нації (народу), утвердження її самоідентичності як самобутньої та європейської нації з тисячолітньою державністю, полікультурним досвідом право- і державотворення³. Сьогодні важливо популяризувати правову спадщину України – пам'ятки українського права, у яких було збережено ідею державності та закріплено право українців мати власну державу.

У скарбниці пам'яток українського державотворення однією з найбільш цінних є Конституція 1710 р., яка є першою демократичною конституцією в Україні та Європі. Вона була свідченням високого суспільно-політичного розвитку, розвитку духовної і правової культури українського народу, його чільних представників та продовжувала традиції розвитку права і законодавства, витоки яких сягають тисячоліть⁴. Правда, серед українських вчених до сьогоднішнього дня немає одностайної думки щодо того, чи можна вважати її першою Конституцією України. Деякі науковці заявляють про те, що «трактування Конституції Пилипа Орлика як першої у світі конституції є результатом вітчизняної політико-правової «міфології», що «насправді цей документ конституцією держави не був і об'єктивно не міг бути; ті, хто намагаються його відповідно трактувати, не враховують юридичну природу конституції як основного закону держави, як продукту певного суспільно-політичного розвитку»⁵. Деякі вчені вважають, що «у розумінні європейського конституціоналізму Конституція 1710 р. не була конституцією, тому що тоді ще не було повноцінної української держави» та ін.

Спробуємо проаналізувати це важливе і актуальне донині питання.

Отож, вважаємо, що Конституція України 1710 р. займає важливе місце у багатовіковій історії українського державотворення. У історичній та історико-правовій літературі вона умовно відома як Конституція П. Орлика, оскільки була розроблена і прийнята з ініціативи українського гетьмана Пилипа Орлика. В історіографії вживаються й інші її назви: «Договір», «Хартія», «Угода», «Акт», «Бендерська конституція», «Козацька конституція», «Конституція Української гетьманської держави», «Перша конституція України», «Конституція Війська Запорозького», «Українська конституція» тощо. Проте, як видається, коректніше її називати Конституцією України 1710 р. або Конституцією Української козацької держави 1710 р., оскільки станом на 1710 р. існувала Українська козацька держава, особливо відбувалася активна боротьба за її збере-

© І.Й. Бойко, 2020

* *Igor Boiko, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of Ivan Franko National University of Lviv*

ження і розвиток; Конституція 1710 р. стала підсумком існування Української козацької держави; в тексті самої конституції територію України названо Україною, Малою Руссю, Військом Запорозьким. Вживання у історико-правовій літературі назви «Конституція П. Орлика» до певної міри применшує значущість і важливість саме першої демократичної Конституції України. Як видається, варто наголос робити насамперед на Конституцію 1710 р. як основний закон Української козацької держави, а вже згодом справедливо акцентувати на особі українського гетьмана П. Орлика як головного ініціатора її розробки і прийняття. Слід також зауважити, що основними пріоритетами внутрішньої і зовнішньої політики Української козацької держави гетьман Пилип Орлик вважав її незалежність та територіальну цілісність. Внутрішня політика та засади Української козацької держави будувалися на досить прогресивних на той час демократичних засадах, які були закріплені в Конституції 1710 р.

Ще одним, як видається, дискусійним є питання стосовно оцінки Конституції України 1710 р. серед деяких сучасних науковців та дослідників, які не вважають її першою Конституцією України. Дехто з науковців та дослідників вважають, що це був договір, а не конституція. Очевидно, вони не враховують складних конкретно-історичних умов, які склалися в Українській козацькій державі після спроби українського гетьмана Івана Мазепи розірвати московсько-українські договори та відновити повну державну незалежність України.

Як відомо, історія конституційного розвитку різних держав світу свідчить про те, що, зазвичай, прийняття конституції є результатом досягнення компромісу між суспільно-політичними силами у таких важливих питаннях, якими є: визначення меж втручання держави в життя суспільства та людини; форма організації і здійснення державної влади; обсяг прав і свобод особи та їх гарантованість. Сутність конституції і полягає в тому, що вона проявляє, відображає досягнення такого компромісу, предметом якого є зазначені питання⁶.

Вершиною розвитку українського державотворення у XVIII ст. та способом врятувати Українську козацьку державу, особливо після Полтавської битви, було укладення угоди та прийняття Конституції Української козацької держави 1710 р. як єдиного загальнодержавного конституційного акта. Угода була укладена між гетьманом Війська Запорозького Пилипом Орликом зі старшиною та козацтвом. Ця угода була покладена в основу Конституції 1710 р., відповідно до якої було встановлено принципові основи існування суспільства та держави. Вона мала на меті консолідувати тогочасне українське суспільство на шляху збереження і розвитку Української козацької держави. Це був важливий крок для ліквідації наслідків Руїни. Її укладення й виконання мало забезпечити розвиток і утвердження національної єдності та довіри в суспільстві, а також зміцнити владу гетьмана як глави держави.

Щоб мати змогу визначитися, чи була Конституція 1710 р. конституцією держави, звернемося до сучасного авторитетного юридичного видання – «Юридичної енциклопедії». У її третьому томі зазначено: «Конституція» (constitutio лат. – устрій, установлення, положення) – нормативно виражений порядок організації і здійснення державного владарювання; основний закон, єдиний нормативний акт найвищої сили чи кілька таких актів, які регламентують засади функціонування політичної системи суспільства, встановлюють засади державного ладу, порядок формування, організації і діяльності ключових ланок державного механізму, визначають принципи територіальної організації держави, закріплюють основи правового статусу фізичної особи, її взаємовідносин з державою⁷.

Варто також звернутися до сучасних підручників, посібників, наукових статей з конституційного права України, у яких розкрито сутність, ознаки конституції держави. Наприклад, до одного із сучасних авторитетних посібників з Конституційного права України, автором якого є О.О. Майданик. Запитаємо: «Що ж являє собою конституція і в чому її сутність»? О.О. Майданик цілком слушно вважає, що «відповідно до світової конституційної доктрини, сутність конституції полягає у тому, що вона покликана, насамперед, обмежити державну владу»⁸.

Історико-правовий і юридичний аналіз змісту Конституції України 1710 р. свідчить про те, що це була саме конституція Української козацької держави, у якій на високому як для того часу рівні визначено державний устрій, порядок і принципи функціонування представницьких, виконавчих та судових органів влади, виборчу систему, права й обов'язки держави, суспільства і громадян. Укладачі Конституції України 1710 р. спиралася, насамперед на досвід державного будівництва в Україні упродовж X–XVII ст. та національні джерела – політико-правові ідеї, закріплені у Руській Правді, князівському законодавстві ранніх українських держав – княжої держави України-Руси та її спадкоємиці та наступниці Галицько-Волинської держави, у яких відбувалося закладення основ формування органів державної влади, самоврядування, права тощо. Це формувало умови для зародження елементів конституціоналізму в пізніші часи. У той час було закладено прототипи механізмів формування та функціонування політичної влади. Правитель держави – великий князь Київський чи галицько-волинський князь зосереджували законодавчі, виконавчі та судові повноваження, відбувалося формування вищих та місцевих органів влади, формувалися органи самоврядування і органи прямої демократії (народні збори). З прийняттям Конституції України 1710 р. починається формування українського конституціоналізму.

Конституція 1710 р. була першою демократичною конституцією в Україні та Європі. Конституція України 1710 р. майже на 70 років випередила Декларацію про незалежність США (1776 р.), майже на 80 років – конституцію США (1787 р.), французьку Декларацію прав людини і громадянина (1789 р.), конституції Польщі і Франції (1791 р.). Саме Конституція 1710 р. була першою в Україні та Європі конституцією держави, яка передбачила республіканську форму державного правління, систему стримувань і противаг між

гілками державної влади, унітарність державного устрою, захист соціально-економічних прав усіх верств населення в державі тощо.

Для визначення функцій Конституції 1710 р. варто використати сучасні напрацювання в галузі конституційного права України. Накладення сучасного доктринального розуміння функцій конституції свідчить про те, що Конституція 1710 р. виконувала важливі функції в суспільстві Української козацької держави. Для неї характерні такі основні функції. Політична функція, яка означала, що Конституція 1710 р. закріплювала засади державного ладу, проголошувала народовладдя, визначала напрями розвитку суспільства. Конституція 1710 р. водночас забороняла дії, спрямовані на насильницьку зміну засад державного ладу, забороняла розташування в Україні чужого війська. Установча функція полягає в тому, що Конституція 1710 р. встановлювала основні політико-правові інститути держави і суспільства, визначала основи правового статусу громадян, систему органів державної влади, органів місцевого самоврядування тощо. Ідеологічна функція виявляла себе в тому, що Конституція 1710 р. закріплювала основоположні цінності (демократія, суверенітет народу, права людини тощо), виконувала важливу роль стосовно державних і самоврядувальних інституцій, громадян і посадових осіб, орієнтувала їх на виконання законів, шанування закріплених у ній цінностей. Обмежувальна функція Конституції 1710 р. полягає в тому, що її конституційні норми створювали основу й визначали межі діяльності державних органів, стримували узурпацію і монополізацію влади певними владними структурами державної влади; було передбачено боротьбу з корупцією і зловживаннями посадових осіб⁹.

Отже, повернімося до детального історико-правового і юридичного аналізу змісту Конституції 1710 р. для обґрунтованого висновку про її правомірність, легітимність та законність як Конституції Української козацької держави.

Як відомо, після невдалої битви під Полтавою гетьман Іван Мазепа зі своєю козацькою старшиною та воїнами українсько-шведської армії відступили на південь, на територію Туреччини, у м. Бендери (нині – Республіка Молдова). На козацькій раді 5 (16) квітня 1710 р. на загальній військовій раді з участю козаків, яка відбулася біля містечка Тягина на правому березі річки Дністер (турецька назва – Бендери), гетьманом України було обрано Пилипа Орлика, який до того був генеральним писарем в уряді гетьмана І. Мазепи. Як вище зазначалося, у день виборів було проголошено угоду-договір між новообраними гетьманом, старшиною і козацтвом. На цій Загальній військовій раді також було прийнято Конституцію Української козацької держави, яка мала таку назву: «Пакти і Конституції прав і вольностей Війська Запорозького». З дослівного перекладу латинської мови назва оригінального документа звучала так: «Pacta et Constitutiones legum libertatumque Exercitus Zaporoviensis». Це була перша писана державна конституція в Україні та Європі. Вона була скріплена присягою обраного на раді гетьмана П. Орлика, його підписом та державною печаткою Війська Запорозького. Договір і Конституція були визнані 21 (10) травня 1710 р. шведським королем Карлом XII як «протектором України» в документі під назвою «Підтверджувальна грамота пактів королем Швеції» («Confirmatio horeum Ractorum a Rege Sueciae»). Головним автором і редактором «Пактів та конституцій...» був П. Орлик. Також в розробці цього проекту та ухваленні брали участь: найближчий радник гетьмана І. Мазепи А. Войнаровський, кошовий отаман Запорізької Січі К. Гордієнко, прилуцький полковник Д. Горленко, генеральний обозний І. Ломиковський, генеральний бунчужний Ф. Мирович, генеральний осавул Г. Герцик, генеральний писар І. Максимович, генеральний суддя К. Довгополий, а також інші старшини та козаки¹⁰. Безпосередньо над документом працювали з другої половини лютого (за ст. ст.) 1710 р., при цьому декілька разів посланці з Бендер їздили до Лівобережної України для консультацій з окремими представниками уряду гетьмана І. Скоропадського. Джерелами «Пактів та конституцій...» були: «оригінали й копії текстів міжнародних договорів (їхні проекти, у т. ч. й дипломатичні «інструкції») гетьманів Б. Хмельницького, І. Виговського, Ю. Хмельницького, П. Тетері, І. Брюховецького, П. Дорошенка, І. Самойловича з правителями Речі Посполитої, Московського царства, Османської імперії, Кримського ханства та Шведського королівства, що були укладені в другій половині XVII ст.». Окрім того, укладачі «Пактів та конституцій...» використали тогочасні європейські політичні теорії Ф. Аквінського, Ю. Алімпія, Н. Макиавеллі, Ж. Бодена, Ф. Бекона, Й. Альгузія, Д. Локка, Г. Гроція, С. Пуфендорфа та ін.¹¹ Значний вплив на розвиток української філософської і правової думки на початку XVIII ст. мала європейська правова традиція. Це було зумовлено насамперед тим, що більшість українських мислителів та деякі представники Генеральної старшини здобували вищу освіту в європейських університетах Італії, Німеччини, Австрії, Голландії, де популярними були ідеї непопушності природних прав людини, демократії, свободи, рівності, соціальної справедливості, законності, покладені згодом в основу Конституції 1710 р.¹² Укладачами Конституції 1710 р. бралось до уваги набута політична практика, сформована від часу утворення Української козацької держави. У розробці Конституції вагомою була активна участь кошового отамана Запорізької Січі Костя Гордієнка, який вважав своєю головною метою збереження вольностей і незалежності Запорізької Січі як головної опори і гаранта Української козацької держави. Тому він безпосередньо очолив запорожців у їхньому протистоянні наступу Петра I на запорозькі землі. Політичний та правовий статус Запорізької Січі докладно відображено в тексті Конституції 1710 р.

Конституції України 1710 р. складалася зі вступу (преамбули) та 16 розділів (пактів). На відміну від сучасних конституцій, вона не мала поділу на статті. Текст Конституції було написано латинською і староукраїнською мовами. Конституція не набула чинності на всій території України, оскільки більша частина території України була окупована московськими військами. Вона є першою писаною демократичною кон-

ституцією в Україні та Європі, а також результатом існування Української козацької держави. Конституція 1710 р. також була перейнята демократичним духом народовладдя, що ставить її в один ряд із найвидатнішими пам'ятками світового конституціоналізму. Реалізація Конституції 1710 р. була обмежена внаслідок несприятливої міжнародної ситуації, постійних військових дій та поразки українців у Полтавській битві 1709 р. Однак упродовж кількох років конституційні положення частково діяли на території Правобережної України завдяки походам 1711 і 1713 рр. військ гетьмана П. Орлика та визнанню його влади місцевим населенням¹³. Вона особлива тим, що створила демократичні стандарти поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову задвог до опублікування трактату Ш.Л. Монтеск'є «Про дух законів».

Конституція 1710 р. є основою першого етапу становлення конституціоналізму в Україні та утвердження Української козацької держави. У ній було розроблено модель держави, яка відповідала історичному розвитку України і заснована на реалізації природного права української нації на політичне самовизначення. Провідною ідеєю Конституції 1710 р., яка пронизує весь її текст, є нове розуміння і турбота про Батьківщину (в деяких перекладах – Вітчизну). Конституція проголошувала незалежну Українську козацьку державу республікою. У ній було закладено також підвалини поділу державної влади, юридично закріплено порядок здійснення демократичних виборів посадових осіб. Вона проголошувала «національний суверенітет та визначала державні кордони, сприяла забезпеченню прав людини, створенню суспільства на засадах єдності і взаємодії трьох видів державної влади: законодавчої (Генеральна Рада), виконавчої (гетьман, обмежений законом у своїх діях, та уряд при ньому – Рада генеральної старшини) і судової, підзвітної й контрольованої, однак незалежної від гетьмана. Автори Конституції 1710 р. зазначають, що викладені в ній пункти (пакти) про внутрішній державний устрій ґрунтуються на традиціях «доброго порядку», що існував у козацтві України згідно з їхніми «давніми правами і вольностями», маючи на увазі передусім виборність гетьмана, полковників і наявність Генеральної Ради. В Конституції 1710 р. було поставлено завдання «здійснити таку важливу справу, як виправлення і піднесення своїх принижених прав та вольностей», а також закріплено ще не знані у тогочасній Європі засади демократичного суспільства.

Сучасна доктрина конституційного права вважає, що важливе значення має форма Конституції, на яку безпосередньо впливає її зміст. Форма Конституції – це спосіб організації закріпленого в ній нормативного матеріалу. Конституція має внутрішню і зовнішню форми, тобто систему й структуру. Система Конституції – це зумовлена змістом об'єкта конституційного регулювання організація норм, яка створюється законодавцем з урахуванням вимог національних традицій і законодавчої техніки. Вона виражає послідовність розміщення преамбули, розділів, статей у тексті Конституції. Система дає уявлення про організаційну побудову Конституції України, забезпечує внутрішню зумовленість її розділів, статей¹⁴.

Юридичний аналіз норм Конституції України 1710 р. свідчить про те, що вона поділялася на дві частини: декларативну і змістовну. У преамбулі Конституції була охарактеризована історія українського народу та Війська Запорозького, висловлена ідея споконвічного прагнення українців до власної державності, наголошено на окремішності українського (козацького) народу від московського. Головна ідея Конституції України 1710 р. – повна незалежність України від Речі Посполитої та Московії. В усьому її тексті провідною було думка авторів Конституції про природне право української нації на самовизначення та звільнення з-під чужоземного панування. Про це чітко зазначено в Конституції 1710 р.: «Україна з обох боків Дніпра має бути на вічні часи вільною від чужого панування»¹⁵.

Автори Конституції цілком справедливо вважали, що природним правом кожної нації є «право визволити себе від агресії і працювати, щоб відновити те, що несправедливість і переможна сила у нас відібрала: всі знають, як ми трактувалися московською державою». «Твердо покладаючись на Божу поміч..., Військо Запорозьке постановило обрати собі нового гетьмана і укласти у цей надзвичайно сприятливий для здійснення такої справи час угоду з ясновельможним паном його милістю Пилипом Орликом». Як вище зазначалося, гетьман П. Орлик ставив перед собою і Україною завдання вибороти державну незалежність за підтримки Швеції, звільнитися від Московії. Шведський король Карл XII як «покровитель і протектор» України, визнавши умови й акти обрання гетьмана, ставав гарантом незалежної України та недоторканності її кордонів.

Укладачі Конституції 1710 р. розуміли, що без Божого благословення державу побудувати неможливо. Тому в розділі першому стверджувалося про «...православну віру східного обряду, якою войовничий козацький народ просвітився ще за панування хозарських каганів від апостольського Константинопольського престолу... І новообраний гетьман, коли Господь-Бог могутній у битвах допоможе... повинен буде... докладати всіх зусиль, щоб одна віра православна східного сповідання, під послушенством святішого Апостольського трону Константинопольського, навіки стверджена була...»¹⁶.

У розділі другому Конституції 1710 р. встановлювалася прогресивна політико-правова норма про цілісність українських земель на Правобережжі та Лівобережжі, непорушність кордонів України. Кордони Української козацької держави визнавалися відповідно до Зборівської угоди Б. Хмельницького з урядом Речі Посполитої 1649 р., а також згідно з договорами України з Туреччиною та Московською імперією. Територіальна цілісність України не могла бути порушена ні внаслідок нападів іноземних держав, ні через неправомірні рішення її правителів. Запорукою цьому мали бути гарантії, отримані Пилипом Орликом від шведського короля Карла XII, який зобов'язувався «не дозволяти нікому не тільки прав і вольностей, а й кордонів військових порушувати і привласнювати. Крім цього Ясновельможний гетьман по закінченні, дай Боже, щасливому, війни повинен буде просити у Королівської Величності Шведської такого трактату, щоб Його Велич-

ність та його спадкоємці найясніші королі шведські титулувалися вічними протекторами України, і справи їхні залишалися спрямованими на зміцнення могутності Батьківщини нашої та збереження її цілісності у наданих правах і кордонах». У Конституції 1710 р. було вставлено норму про цілковиту незалежність України від Московської імперії. Передбачалося також, що після війни з нею повинні бути «повернуті з її території усі невільники – українці, а московський уряд зобов'язувався повністю компенсувати всю шкоду, завдану Україні воєнними діями»¹⁷.

У розділі третьому першої української Конституції говорилося про підтримання дружніх і «побратимських стосунків» з Кримським ханством. Усвідомлення важливості та необхідності підтримання дружніх стосунків з сусідніми державами, зокрема з Кримським ханством, зумовило закріплення в Конституції такої норми: «Ясновельможний гетьман через послів своїх до Найяснішої Його Милості Хана Кримського має дбати про відновлення давнього з Кримською державою братерства та єднання військового і підтвердження вічної приязні, дивлячись на яку сусідні держави не відважилися б прагнути поневолити Україну чи коли-небудь чинити над нею гвалт. Після закінчення війни, коли Бог допоможе, при бажаному й очікуваному нами мирі, новообраний гетьман, осівши у своїй резиденції, має неухильно пильнувати, зобов'язавши до цього і уряд свій, аби ні в чому з державою Кримською дружба і побратимство не порушилися через наших свавільних та легковажних людей, які звикли не тільки сусідську згоду та приязнь, а й союзи мирні руйнувати». Це було викликано необхідністю мати міжнародну підтримку, зокрема політичну та військову безпеку від агресивних сусідніх держав, а також можливістю активного здійснення зовнішньої торгівлі.

Четвертий та п'ятий розділи Конституції 1710 р. регламентували забезпечення територіальних, військово-політичних та економічних прав й інтересів Війська Запорозького, а також визнання його особливого статусу. Гетьман та його наступники брав на себе зобов'язання: «про мир дбати, щоб Дніпро від міст та фортець московських, а також і землі від володіння московського були звільнені і до первинної території Війська Запорізького повернуті. І там у майбутньому нікому ані фортець будувати, ані міст закладати, ані слободи осаджувати, ані яким-небудь іншим способом військових угідь спустошувати Ясновельможний гетьман не має дозволяти і зобов'язаний буде надавати Війську Запорозькому Низовому всіляку допомогу у їх обороні». Ця конституційна норма встановлювала важливу засаду зовнішньої політики Української держави, яка не допускала присутності іноземних військ на українській території. Для забезпечення нормальної діяльності Війська Запорозького йому в довічне користування, «з усіма угіддями і перевозом через Дніпро» поверталось місто Трахтемирів (нині – Переяславський район Київської області). «У цьому місті для старих, зубожілих та ранами скалічених козаків за військовий кошт має бути збудований шпиталь, відтоді вони матимуть харчі та одяг». Крім того, в законному володінні Війська Запорозького зберігався: «увесь Дніпро – згори від Переволочної донизу, Переволочанський перевіз, саме місто Переволочну, з містом Керебердою і річкою Ворсклою з млинами, що знаходяться на території полку Полтавського, і фортецю Кодацьку з усіма маєтностями повинен буде Ясновельможний гетьман, а після нього його наступники з гетьманського уряду згідно з давніми правами та привілеями при Війську Запорозькому оберігати і нікому з духовної або світської влади не дозволяти загат на Дніпрі вниз від Переволочної будувати, рибуловити. Особливо поля, ріки, річки і всі угіддя аж до самого Очакова навкі мають належати нікому іншому, тільки Війську Запорозькому Низовому»¹⁸. Такі широкі привілеї, надані Війську Запорозькому, пояснювалися потребою гетьмана в боездатному військовому гаранті безпеки Української держави, який на той час становили запорозькі козаки.

Прогресивним був шостий розділ Конституції 1710 р., у якому було закладено засади діяльності органів державної влади. Насамперед у Конституції засуджувалася практика «деяких гетьманів Війська Запорозького, які привласнивши собі несправедливо та протиправно владу самодержавну, самовладно узаконили таке право – як хочу, так і велю». Важливою демократичною конституційною нормою у цьому розділі було негативне ставлення до ідеї самодержавної влади: «Через таке самодержавство, непритаманне гетьманському уряду, у Батьківщині та у Війську Запорозькому значно зросли порушення прав та вольностей, розорення, народний тягар, насильні та підкупні урядами військовими розпорядження». Законодавча влада належала козацькому парламенту – Раді Генеральної Старшини, яка мала визначений порядок формування, склад, компетенцію: «у Батьківщині нашій першість серед радників належить Генеральній Старшині – як через респект до їх урядів головних, так і постійній при гетьманах резиденції; після них ідуть городові полковники, які будуть пошановані за громадських радників. Крім того, до загальної ради треба вибрати по одній визначній, розсудливій та заслуженій особі від кожного полку. Генеральні радники обираються за згодою гетьмана. З усіма цими генеральними особами, полковниками та генеральними радниками теперішній Ясновельможний гетьман та його наступники повинні будуть радитися про цілісність Батьківщини, її добробут та про всі справи публічні і нічого без їхньої волі своєю владою не розпочинати, не встановлювати і рішень не приймати». Рада Генеральної Старшини належало працювати сесійно, вона мала збиратися тричі на рік в гетьманській резиденції: перша – на Різдво Христове, друга – на Воскресіння Христове, третя – на Покрову Пресвятої Богородиці». До складу цього представницького органу мали право входити «не тільки пани полковники зі старшиною своєю та сотниками, не тільки з усіх полків генеральні радники, а й послі від Війська Запорозького Низового для вислуховування та обговорення, після отримання від гетьмана доручення, мають прибувати, дотримуючись призначеного терміну. Якщо від Ясновельможного гетьмана до загальної ради надійде яка-небудь пропозиція, то всі добропорядно, без своєї чи чужої користі, без душоубних заздрощів та ворогування зобов'язані будуть радити так, щоб ці поради не призвели до шкоди для честі гетьманської, загальних тягарів Батьківщини, розорення та, не дай Боже, згуби. Якщо ж виникнуть якісь громадські спра-

ви, що потребують швидкого управління та виправлення, тоді Ясновельможний гетьман буде повновладний у тому, щоб з Радою Генеральної Старшини такі справи вирішувати відповідно до своїх гетьманських повноважень»¹⁹.

Перша українська конституція 1710 р. закріпила важливе положення щодо прозорості діяльності гетьмана як глави держави, завданням якого, серед іншого, було досягнення суспільної та державної довіри: «Також якщо до Ясновельможного гетьмана будуть надіслані листи від закордонних держав, то Його Вельможність має оголосити про них Генеральній Старшині і відповіді, які відписуватимуться, висвітлити, не приховуючи від них жодної кореспонденції, передусім закордонної та такої, що може шкодити цілісності Батьківщини та добру громадському». Ще одним не менш важливим конституційним положенням було закріплення давньої козацької традиції – прийняття присяги на вірність народу та Батьківщині: «А щоб на таємних та публічних радах між Ясновельможним гетьманом і Генеральною Старшиною, полковниками та генеральними радниками була дієва, обопільна довіра, кожен з них повинен буде скласти формальну присягу шляхом публічно здійсненої клятви на вірність Батьківщині, на відданість своєму регіментареві, на дотримання своїх повноважень відповідно до посади, яку вони коли-небудь обійматимуть».

Конституція України 1710 р. передбачала демократичні способи обмеження повноважень гетьмана у певних випадках: «Якщо у діях Ясновельможного гетьмана буде помічено щось несумісне з правами та вольностями, шкідливе та некорисне для Батьківщини, тоді Генеральна Старшина, полковники і генеральні радники будуть уповноважені вільними голосами чи приватно або, якщо виникне така необхідність, й публічно на раді висловити Його Вельможності докір щодо порушення прав та вольностей без осудження та найменшої образи високої регіментарської честі. На ті докори Ясновельможний гетьман не має ображатися та мститися, а навпаки, намагатися виправити неадекватності». Інакше кажучи, перша українська конституція 1710 р. встановлювала, що кожен із постійних членів Генеральної ради (генеральна старшина, полковники і генеральні радники) повинен був «присягнути на вірність Батьківщині, на щире відданість гетьманові, а також на сумлінне виконання обов'язків своєї посади схваленою публічно присягою відповідної форми». Коли б діялося «щось незгідного справедливості, хибного щодо військових прав і вольностей чи зловорожого Батьківщині» – Генеральна рада мала право «використати свободу голосу, щоб особисто або ж – якщо того вимагатиме крайня і невідклична потреба – публічно на нараді висловити докір його ясновельможності і рішуче стримати від зневаги отчистих прав і вольностей». Гетьман зобов'язувався згідно з вимогами Конституції поважати своїх старшин, «мати їх за побратимів, а не за слуг, не вважати їх своїми власними підручними». У період між засіданнями Генеральної військової ради найвища виконавча влада належала гетьманові й генеральній старшині. Уряди полковників і сотників, які були не тільки військовими керівниками, а й мали всю повноту влади на територіях підлеглих полків і сотень, теж були виборними. Уряд обирали «вільними голосами», а гетьман тільки затверджував його.

Конституція України 1710 р. передбачала демократичність формування і функціонування державної влади на місцевому рівні, визначала їх повноваження та функції: «Особливо ж генеральні радники, кожен у своєму полку, в якому буде обраний, владні будуть разом з городовим полковником стежити за порядком, а інші мають загальною радою управляти, заступаючись за кривди людські. Як Генеральна Старшина, полковники та генеральні радники мають поважати Ясновельможного гетьмана, виявляти йому належні почесті та вірний послух, так і Ясновельможний гетьман має взаємно шанувати їх за товариство, а не за слуг та робочих помічників і не змушувати навмисно для приниження їхньої гідності вистоювати перед собою, крім випадків, коли в тому буде потреба»²⁰.

Розділ сьомий Конституції 1710 р. обмежував права гетьмана у сфері судочинства. Суд мав діяти незалежно. Конституція 1710 р. передбачала утворення Генерального суду, що повинен був розглядати справи щодо скарг на гетьмана, генеральну старшину, полковників, генеральних радників, знатних товаришів чи інших урядовців, «а понад то рядових козаків». Гетьман самостійно не мав права карати особу за вчинення нею злочину або особисто призначати їй кару». Така кримінальна чи некримінальна справа, згідно з Конституцією, «повинна була передаватися до Генерального військового суду. І яким би лицемірним чи облудним не здавався вирок, кожен, хто винен, повинен прийняти його»²¹. Цим Конституція сприяла розвитку та утворенню незалежної судової гілки влади, забезпечувала незалежність і неупередженість Генерального суду, забезпечувала об'єктивність та справедливість при винесенні рішень. Таким чином, за Конституцією 1710 р. було встановлено три складові державної влади: законодавча (Рада Генеральної Старшини), виконавча (гетьман і Генеральна Старшина) та судова (Генеральний суд).

У восьмому розділі Конституції 1710 р. було упорядковано і визначено повноваження державних службовців у здійсненні державної влади: «Доповідати Ясновельможному гетьману про всі державні, військові справи повинні генеральні особи, які відповідно до служби постійно перебувають при гетьманові, а не слуги хатні, які жодними військовими справами не повинні цікавитися і не втручатися в державні інтереси». Ця конституційна норма пронизана ідеологією обмеження повноважень Гетьмана та його найближчого оточення, кажучи сучасною політико-правовою мовою, необхідності боротьби з корупцією.

Розділ дев'ятий Конституції України 1710 р. містив норми про обмеження влади гетьмана у фінансовій сфері. Так, зокрема, гетьман не мав права використовувати у власних потребах ні «військовий скарб, ані надходження до військової скарбниці», він не мав права «обертати їх на власну користь», натомість зобов'язаний був «вдовольнятися власними чиншами і доходами, передбаченими для гетьманської особи й булави». Крім того, в Конституції встановлювався правовий захист земель та маєтностей Війська Запорозь-

кого, що ще раз підкреслювало його особливий правовий статус в Українській державі: «ясновельможний гетьман не має права ані самовладно привласнювати собі громадських маєтностей і угідь Війська Запорозького, ані розподіляти їх під яким не було б протектом іншим людям, менш заслуженим перед Батьківщиною, а найпаче ченцям, священникам, бездітним вдовам, дрібним посполитим і військовим урядовцям, особистим слугам, дворакам та приватним особам»²².

За рішенням гетьмана і згодою Генеральної ради обирався генеральний підскарбій – «людина знатна, заслужена, маєтна та добросовісна, яка б наглядала за військовим скарбом, млинами та завідувала усілякими прибутками державними і з гетьманського відома направляла їх на потреби громадські та військові, а не на приватні». Крім того, у кожному полку обиралися «загальною ухвалою полковника і старшини обох станів – козаків і посполитих – по два підскарбії, теж заприсяжених, з визначніших маєтних людей». До їх компетенції входило управління «полковими і цивільними прибутками і посполитими податками, заопікування ними і видатками». Вони зобов'язувалися також щороку звітувати про свою діяльність. Важливі фінансові питання могли вирішуватися лише Генеральною радою. Варто зауважити, що саме Конституція України 1710 р. запроваджувала практику обрання на головні посади у фінансовій сфері осіб, які були «маєтними», тобто фінансово незалежними. Вважалося, що такі особи будуть менш заінтересованими у зловживаннях при виконанні своїх повноважень.

У десятому розділі Конституції 1710 р. було гарантовано соціально-правовий захист прав українського народу: «Ясновельможний гетьман за своєю посадою має дбати про лад у Батьківщині, а особливо повинен пильнувати, щоб людям військовим і посполитим не чинилися збиткові тягарі, податки, пригнічення та здирства, через які вони залишають своє житло і йдуть шукати прихистку у закордонні держави». Полковники, сотники, отамани та інші військові та посполиті урядовці зобов'язувалися не використовувати козаків та посполитих людей для виконання панщини та інших приватних робіт, а особливо, якщо вони «не є їхніми безпосередніми підлеглими ані слугами». Крім того, старшина не мала права використовувати працю ремісників без належної за це оплати: «Для цього треба, щоб панове полковники, сотники, отамани з усіма військовими та посполитими урядниками не наважувалися виконувати панщини та відробітки на своїх приватних господарствах силами козаків та посполитих, особливо тих, які ані до урядів їх, ані їм безпосередньо не належать: не примушувати до косіння сіна, збирання з полів урожаю та гатіння гребель, не віднімати та силою не змушувати продавати землю, не відбирати за будь-яку провину рухоме та нерухоме майно, не змушувати ремісників безоплатно виконувати свої домашні справи і козаків до розсилки приватної не залучати. Усе це Ясновельможний гетьман має владою своєю забороняти і сам того, як добрий приклад іншим, остерігатись і не чинити»²³.

У першій українській Конституції 1710 р. значна увага приділялася боротьбі з різними зловживаннями серед народу та за справедливість і дотримання законів: «Найбільше ж на людей бідних чинять утиски і здирства та пригнічують їх тягарями владолюбні хабарники, які не за заслуги свої, а через ненаситну пожадливість прагнуть потрапити в уряди військові і посполиті для свого збагачення. Вони спокушають серце гетьманське, і завдяки корупції, без повного обрання та всупереч справедливості і закону, чи в уряди полковничі проникають, чи обіймають інші посади. Тому остаточно постановляється, щоб Ясновельможний гетьман жодними, хоч би й найбільшими, подарунками та респектами не спокушався, нікому за хабарі в урядах ні полковничих, ні інших військових чи посполитих посад не давав і насильно в уряд нікого не призначав. Завжди як військові, так і посполиті урядники, особливо полковницькі, мають обиратися вільними голосами, а по обранні – владою гетьманською затверджуватись. Однак елекції таких урядників повинні проводитися не без волі гетьманської. Такого ж закону і полковники повинні будуть дотримуватися та не допускати без вільного обрання цілої сотні сотників та інших посадовців за якісь респекти. А через власні образи не повинні також з урядів звільняти». Така широка програма соціальноправового захисту населення в Конституції пояснювалася докорінною зміною внутрішньої політики держави, яку запропонував гетьман П. Орлик. Намагаючись врахувати досвід попередньої боротьби за національну незалежність, гетьман шукав засоби «подолання основної помилки свого попередника гетьмана Івана Мазепи», суть якої – у відсутності надійної соціальної опори для здійснення об'єднання в межах однієї держави усіх українських земель. Прагнучи закріпити за найменш захищеними верствами суспільства гарантії їх захисту, гетьман сподівався, що це сприятиме консолідації українського суспільства, дасть йому підтримку широких народних мас у боротьбі проти московських військ на території України. Вибори цієї старшини, згідно з Конституцією, базувалися виключно на вільному голосуванні та волевиявленні: «військові і посполиті урядовці, а надто полковники, неодмінно мають обиратися на виборах свободним голосуванням і волевиявленням, а по виборах затверджуватися владою гетьмана, проте вибори таких урядовців повинні проводитися виключно зі згоди гетьмана». Отже, створювалася так звана система стримувань і противаг – вибори здійснюються шляхом вільного волевиявлення з наступним затвердженням обраних осіб гетьманом. Аналогічні положення Конституції стосувалися і виборів у полках при обранні сотників та інших полкових урядовців: «не обирати сотників чи інших урядовців за хабарі чи на основі особистої прихильності, нехтуючи вільним голосуванням усієї сотні, а також не усувати їх з посад внаслідок особистих незгод»²⁴.

Розділ одинадцятий Конституції Української козацької держави 1710 р. закріпив соціальноправовий захист вдів, а також жінок та дітей, чоловіки та батьки яких перебували у воєнних походах або на інших військових службах. Щодо цих категорій населення держава зобов'язувалася здійснювати їх правовий та соціальний захист – вони, зокрема, звільнялися від виконання будь-яких повинностей та громадських робіт на

користь держави, які входять в обов'язки посполитих. Крім того, вони також звільнялися від сплати повітових податків. З цією метою гетьман П. Орлик планував провести ревізію захоплених старшиною земель, скасувати обтяжливі орендні плати, відкупити, ярмаркові побори тощо.

У дванадцятому розділі Конституції 1710 р. йшлося про призначення і проведення спеціально визначеними для цього комісарами генерального перепису усіх громадських маєтностей, якими були наділені державні службовці. Він встановлював також передумови розвитку та захисту українських міст, які самостійно, без відповідної допомоги сіл, змушені «без жодних пільг справляти ті самі повинності, які виконувалися раніше з допомогою отих відторгнутих і переданих іншим власникам поселень». За результатами цього перепису на розгляд Генеральної старшини в присутності гетьмана мав бути поданий вичерпний звіт про всі громадські маєтності, надані у користування старшинам. І саме Генеральна рада за дорадчим голосом гетьмана повинна визначити, «хто має право, а хто не повинен користуватися угоддями і маєтностями Війська, а також – які податки зобов'язані сплачувати та який послух мають виявляти піддані посесорам». Крім того, гетьманові, а також козакам суворо заборонялося звільняти «заможніших селян від міських і сільських повинностей, приймаючи їх у підсусідки», а також за допомогою гетьманських універсалів та покровительською прихильністю допомагати їм уникати громадських повинностей.

Важливим був і тринадцятий розділ Конституції 1710 р., у якому було визначено права і привілеї, свого часу надані Києву та іншим українським містам, зокрема щодо збереження за ними права на власне самоврядування, що базувалося на магдебурзькому праві. Як зазначали автори Конституції, «гідністю цих виборчих зборів постановлено і доручено ствердити у свій час гетьманською владою». Саме традиція виборності свідчила про демократичність першої української конституції, оскільки вибори були і є актом відображення волі народу, способом формування представницьких органів, процесом, унаслідок якого шляхом голосування народ формує склад державного органу чи виборної посади.

У чотирнадцятому розділі йшлося про захист посполитих і рядових козаків від «наїздів подорожніх», обов'язку надавати підводи, супровід, вшановувати дарами. Старшинам, а також посадовим і військовим особам полків, сотень та «значним товаришам» заборонялося чинити «безсовісні здирства, вимагаючи без кінцевої потреби незліченну кількість підвід з кіньми, лагодити за громадський кошт свої карети, а також справляти для слуг різноманітний одяг, турбувати міські ради, домагаючись через спеціально вишколених слуг розваг і задоволення потреб своєї кухні»²⁵. Державні чиновники не мали права «напиватися різноманітних напоїв, а харчі розподіляти поміж собою, долучаючи усе це в облікові книги поміж видатки, і таким чином не лише обтяжувати посполитим повинності та збільшувати їм чинш, а й допроваджувати таки до крайнього зубожіння». Після перемоги над московськими військами і звільнення України гетьман зобов'язувався «у всіх підвладних йому містах запровадити такий лад, щоб народ не пригнічувався недоречними повинностями в міру поліпшення стану держави». Для досягнення таких цілей мали бути обрані та приведені до присяги підскарбії, в тому числі полкові, які б мали здійснювати підрахунок всіх військових видатків і прибутків та вносити відповідні записи про це в облікові книги. Тим самим Конституція запроваджувала суворий облік державних коштів, контроль за їх використанням, а також вперше в Європі встановлювала особисту «відповідальність особи, винуватої у їх неналежному використанні», запроваджуючи відшкодування витрачених грошей з майна винуватців. Крім того, в цьому розділі Конституції висловлювалася пропозиція гетьманові скасувати поштову та зв'язані з нею повинності, зокрема обов'язок посполитих і козаків надавати супровід та підводи. Натомість пропонувалося організувати пошту військового зразка – за прикладом іноземних держав, «попередньо докладно і всебічно обговоривши, вирішивши і затвердивши цю справу на Генеральній раді».

У п'ятнадцятому розділі Конституції 1710 р. йшлося про армію Української держави – опору і гаранта незалежності та непорушності її кордонів. Так, зокрема, цей розділ Конституції розглядав питання фінансування війська, на яке населенню належало складати щорічну платню. Водночас після завершення визвольної війни в Україні Генеральна рада повинна була розглянути питання про відновлення та поповнення військової скарбниці, а також вирішити питання про те, «яку кількість кінного і пішого війська доцільно залишити по завершенні війни при боці найяснішого гетьмана для військової служби».

В останньому розділі Конституції 1710 р. врегульовувалися важливі соціально-економічні відносини. Зокрема, встановлювався обов'язок орендарів та їх підлеглих щодо стягнення чітко визначених мит лише з певних товарів і «в точно визначеному універсалами розмірі». Конституція встановлювала заборону здійснення здирств та вимагань у купців і убогих людей виплати додаткових мит та податків. Обов'язок за дотриманням та виконанням цих норм покладался на гетьмана України.

Українська Конституція 1710 р. мала важливе політико-правове значення, оскільки була закономірністю існування Української козацької держави і свідчила про державотворчість української нації. Конституція України 1710 р. закріплювала суверенітет, демократію, гуманізм, справедливість, а також була важливим чинником боротьби за збереження Української козацької держави. Дотримання Конституції України 1710 р. мало сприяти утвердженню української демократичної держави і соціально-політичній консолідації тогочасного українського суспільства. Ця Конституція встановлювала основні засади державного, суспільного та правового життя Української козацької держави. Конституція 1710 р. була своєрідним суспільним договором, першочергова мета якого полягала у забезпеченні прав та вільного розвитку суспільства тогочасної України. Як зазначалося вище, вона закріплювала принцип розподілу державної влади, встановлювала демократичні та договірні засади формування органів державної влади, спосіб їхньої організації і взаємодії,

визначала їхню компетенцію та функції. У Конституція України 1710 р. було закріплено інші важливі принципи, зокрема рівності (ст. 6 «рівність козаків у публічних справах»), верховенство закону і непорушності природних прав людини, які були покладені в основу механізму запобігання узурпації влади, порушення цілісності та суверенітету держави. Було розмежовано компетенцію органів державної влади і посадових осіб та закріплено їх конституційний статус. Українська Конституція 1710 р. була зорієнтована на утвердження і розвиток національної ідеї, духовні та моральні цінності миру, толерантності, добра, справедливості. У період Української козацької держави, особливо в часи прийняття її Конституції 1710 р., відбувалося формування національної ідеї. Тогочасні українці в умовах функціонування власної держави усвідомлювали себе як окрема нація (народ) з власною територією, історією, мовою, культурою, традиціями тощо. Конституція 1710 р. просякнута ідеєю побудови національної держави.

Унікальність першої Української конституції також у тому, в ній вперше Українська держава зобов'язувалася дбати про матеріальні інтереси «бідного посполитого люду», «нешасного простоліуду», «убогих людей». Інакше кажучи, ставився акцент на забезпеченні та захисті державою прав людини. Конституція 1710 р. мала гуманістичний характер, що позначалося на закріпленні норм людяності в суспільстві, зокрема любові, доброти, милосердя між людьми, відстоюванні рівності, справедливості у суспільних відносинах.

Порівняно з першою Конституцією Франції 1791 р. перша Конституція України 1710 р. була досконалішою і демократичнішою. Якщо українська Конституція 1710 р. передбачала республіканську форму правління, то французька Конституція 1791 р. закріплювала конституційну монархію як форму державного правління. Проаналізований вище порядок формування українського парламенту та його склад за Конституцією 1710 р. був демократичнішим, ніж за французькою конституцією 1791 р., де законодавчі збори обиралися шляхом двоступеневого голосування терміном на два роки та його депутати обиралися «активними громадянами» відповідно до майнового цензу. Французькі депутатами могли бути обрані тільки землевласники. Виконавча влада передавалася королю й міністрам, які призначалися королем і звітували тільки перед ним. Король не мав права розпускати Законодавчі збори, але одержував право тимчасового вето (заборони) на рішення парламенту²⁶.

Отже, Конституція України 1710 р. займає важливе значення в історії національного державотворення. Прийнята у часи Середньовіччя, де панували переважно абсолютистські монархії, вона стала найпередовішим у тогочасному європейському суспільстві державним актом, який визначав Україну як демократичну християнську республіку з виборною гетьманською владою. Конституція 1710 р. стала фундаментом для подальшого розвитку українського державотворення. Демократичні ідеї, висловлені в Конституції 1710 р., стали втіленням майже тисячолітнього державотворчого розвитку України, свідченням високого рівня національної свідомості, підтвердженням рівня її високої політичної культури і самобутності. У першій українській конституції відчутні гуманістичні та демократичні традиції. Запровадження козацьких рад свідчило, що засади парламентаризму активно розвивалися в середовищі політичних діячів Української козацької держави. Крім того, закріплення Конституцією 1710 р. засади індивідуальної відповідальності службовців за розтрату державного майна, незалежності судової гілки влади, розмежування компетенції між гетьманом та Генеральною радою тощо були свідченням новаторства й демократизму в організації державної влади. Конкретні форми державного правління в Українській козацькій державі мали розвиватися згодом. Конституція передбачала розподіл державної влади на окремі види, стану гетьманську парламентську республіку з виборним гетьманом, що відповідало українській демократичній державно-правовій традиції. Цей устрій суспільства відповідав головним постулатам конституції держави, що відрізняв її від середньовічних політико-правових актів.

Перша українська конституція 1710 р. випереджала свій час, вона була прийнята тоді, коли французькі та англійські просвітителі ще тільки приступали до розробки тих конституційних ідей, які вже були закладені в ній. Як це властиво для конституцій, вона визначала державний устрій, порядок і принципи функціонування представницьких, виконавчих та судових органів влади, виборчу систему, права й обов'язки держави, суспільства і громадян. Враховуючи проаналізовані вище основні положення Конституції 1710 р., її справедливо можна вважати першою писаною демократичною конституцією України. Уперше в історії українського державотворення у Конституції 1710 р. сформовано модель вільної й незалежної держави, заснованої на природному праві української нації на свободу і політичне самовизначення.

¹ Святоцький О., Бойко І. Витоки, становлення та розвиток української державності. *Право України*. 2020. № 1. С. 20.

² Нестерович В.Ф. Поняття «державотворення в Україні» та його сутнісні риси. *Право і суспільство*. 2020. № 1. С. 90.

³ Серeda О. Пам'ятки права як невід'ємні атрибути та фундамент української державності в концепції національного проекту «Скарбниця пам'яток українського права». *Право України*. 2020. № 1. С. 263.

⁴ Костицький М.В. Філософські, психологічні основи конституції Пилипа Орлика. *300 років Конституції гетьмана України Пилипа Орлика: проблеми становлення і розвитку українського державотворення*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 14 травня 2010 р.). Львів, 2010. С. 76.

⁵ 300 років Конституції гетьмана України Пилипа Орлика: проблеми становлення і розвитку українського державотворення: матеріали міжнар. наук.-практ.конф. (м. Львів, 14 травня 2010 р.). Львів, 2010. С. 4.

⁶ Майданник О.О. Конституційне право України: навч. посіб. Київ: Алерта, 2011. С. 49.

⁷ Юридична енциклопедія: у 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3: Конституція (Шаповал В.М.). С. 289.

⁸ Майданник О.О. Конституційне право України: навч. посіб. Київ: Алерта, 2011. С. 48.

⁹ Конституційне право України : підручник / за ред.: Ю.М. Тодика, В.С. Журавський. Київ : Вид. Дім «Ін Юре», 2002. С. 60–62.

¹⁰ Енциклопедія історії України : у 10 т. / редкол.: В.А. Смолій (голова) та ін. Київ: Наук. думка, 2011. Т. 8: Пакти та конституції законів і вольностей Війська Запорозького 1710 (Чухліб Т.В.). С. 24.

¹¹ Там само. С. 24.

¹² Худояр Л.В. Реалізація принципу рівності у положеннях конституції Пилипа Орлика 1710 р. *300 років Конституції гетьмана України Пилипа Орлика: проблеми становлення і розвитку українського державотворення*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 14 травня 2010 р.). Львів, 2010. С. 187.

¹³ Енциклопедія історії України : у 10 т. / редкол.: В.А. Смолій (голова) та ін. Київ: Наук. думка, 2011. Т. 8: Пакти та конституції законів і вольностей Війська Запорозького 1710 (Чухліб Т.В.). С. 24.

¹⁴ Майданник О.О. Конституційне право України: навч. посіб. Київ: Алерта, 2011. С. 48.

¹⁵ Тищик Б.Й., Бойко І.Й. Історія держави і права України: академічний курс : підручник. Київ: Ін Юре, 2015. С. 152.

¹⁶ Слюсаренко А.Г., Томенко М.В. Історія української конституції. Київ: Т-во «Знання» України. 1993. С. 27.

¹⁷ Там само. С. 28.

¹⁸ Там само. С. 29.

¹⁹ Там само. С. 30.

²⁰ Там само. С. 31.

²¹ Там само.

²² Там само. С. 32.

²³ Там само. С. 33.

²⁴ Там само.

²⁵ Там само. С. 34.

²⁶ Тищик Б.Й., Шевчук Л.Е. Франція: історія державності і права (ІХ–ХХІ ст.) : навч. посіб. Львів : Світ, 2018. С. 111–114.

Резюме

Бойко І.Й. Конституція України 1710 р. та її місце в багатовіковій історії національного державотворення.

У статті проаналізовано зміст Конституції України 1710 р. та визначено її місце в багатовіковій історії національного державотворення. Зосереджено увагу на тому, що уперше в історії українського державотворення у Конституції 1710 р. сформовано модель вільної і незалежної держави, заснованої на природному праві української нації на свободу і політичне самовизначення.

Ключові слова: конституція, державотворення, республіка, держава, нація, Україна.

Резюме

Бойко И.И. Конституция Украины 1710 г. и ее место в многовековой истории национального государства.

В статье проанализировано содержание Конституции Украины 1710 г. и определено ее место в многовековой истории национального государства. Сосредоточено внимание на том, что впервые в истории украинского государства в Конституции 1710 г. сформирована модель свободного и независимого государства, основанного на естественном праве украинской нации на свободу и политическое самоопределение.

Ключевые слова: конституция, государственное строительство, республика, государство, нация, Украина.

Summary

Igor Boiko. The Constitution of Ukraine of 1710 and its place in the centuries-old history of nation-building.

The article reveals the socio-political preconditions of the Constitution of Ukraine of 1710, analyzes its content and determines its place in the centuries-old history of nation-building. It is noted that the Ukrainian Constitution of 1710 had an exceptional political and legal significance, as it was a regularity of the existence of the Ukrainian Cossack state and testified to the statehood of the Ukrainian nation. The Constitution of 1710 was a kind of social contract, the primary purpose of which is to ensure the rights and free development of members of society. It enshrined the principle of separation of state power, established democratic and contractual principles for the formation of public authorities, the manner of their organization and interaction, determined their competence and functions. The Constitution of Ukraine of 1710 enshrined other important principles, including equality (Article 6 «equality of the Cossacks in public affairs»), the rule of law and the inviolability of natural human rights, which were the basis for preventing usurpation of power, violation of the integrity and sovereignty of the state. The competence of state authorities and officials was delimited and their constitutional status was established. The Ukrainian Constitution of 1710 was focused on the establishment and development of the national idea, spiritual and moral values of peace, tolerance, goodness, and justice. During the period of the Ukrainian Cossack state, especially at the time of the adoption of its constitution in 1710, the formation of the national idea took place. The Constitution of Ukraine of 1710 is important in the history of nation-building. Adopted during the Middle Ages, when predominantly absolutist monarchies ruled, it became the most advanced state act in European society at the time, defining Ukraine as a democratic Christian republic with an elected hetmanate. The Constitution of 1710 became the foundation for the further development of Ukrainian statehood. The first Ukrainian constitution of 1710 was ahead of its time, it was adopted when the French and English educators had just begun to develop those constitutional ideas that were already laid down in it. As is typical of constitutions, it defined the state system, the order and principles of functioning of representative, executive and judicial authorities, the electoral system, the rights and responsibilities of the state, society and citizens. Given the above-analyzed basic provisions of the Constitution of 1710, it can rightly be considered the first written democratic constitution in the world. Key words: constitution, state formation, republic, state, nation, Ukraine.

Key words: constitution, state-building, republic, state, nation, Ukraine.

В.Г. АНДРОСЮК, О.В. ВОЛОШИНА

*Вячеслав Георгійович Андросюк, кандидат психологічних наук, професор, провідний науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0002-9106-2586

*Оксана Василівна Волошина, кандидат психологічних наук, доцент, старший науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ***

ORCID: 0000-0003-4166-2847

ПЕРВИННА СОЦІАЛІЗАЦІЯ ЯК ЧИННИК ФОРМУВАННЯ ГЕНДЕРНИХ СТЕРЕОТИПІВ ПРОФЕСІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СПІВРОБІТНИКІВ СЕКТОРУ БЕЗПЕКИ МВС УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Професійна діяльність співробітників Національної поліції України, Національної гвардії та Державної прикордонної служби нині вже не є гендерно маркованою за рахунок широкого залучення представників жіночої статі до виконання відповідальних службових завдань у повсякденних та бойових умовах. Проте діючі дотепер стереотипи меншовартості жінок у забезпеченні правопорядку – вторинність при службовому просуванні, недооцінка професійної придатності, особистісний та професійний сексизм породжують низку гендерно зумовлених проблем, які деструктивно впливають на якість виконання службових обов'язків, професійну самоідентифікацію, загострюють неслужбові стосунки. У контексті зазначеного з'ясування витоків та детермінант гендерних стереотипів становить наукове та практично орієнтоване завдання, розв'язання якого сприятиме превенції та нейтралізації міжстатевих непорозумінь і службових конфліктів у секторі безпеки МВС України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правові, соціологічні та юридико-психологічні аспекти гендерних проблем у професійній діяльності були предметом наукового аналізу в роботах вітчизняних та зарубіжних фахівців. Зокрема, нормативно-правова регуляція гендерно зумовленого професійного статусу розглядалась П. Львовою, О. Мартиненко, С. Сулімовою, Н. Ляшенко, М. Дубиніною; його соціологічне та психологічне підґрунтя – М. Боришевським, Т. Говорун, О. Сухомлинською, Г. Ляшенко, О. Бондарчук, В. Агеевою, J. Bridges, P. Gabriel. Проблема гендерного паритету та толерантності в діяльності правоохоронних органів присвячені роботи Т. Ганзицької, А. Стародубцева, В. Близнюк, І. Головашенка, О. Смірної, О. Гузьман та ін. Вагому роль у стимулюванні дослідницького та практичного інтересу до проблем гендеру відіграють проекти Міжнародних організацій та громадських спілок – Ради Безпеки ООН (Національний план дій з виконання резолюції Ради Безпеки ООН 1325 «Жінки. Мир. Безпека»), ОБСЄ, «ООН-жінки», «Промундо» тощо¹. Разом із тим поза увагою спрямованих досліджень залишаються питання генези та детермінації діючих в професійних осередках МВС України гендерних стереотипів, варіативності їх впливу на породження гендерно зумовлених проблем, перспективних напрямів їх корекції та запобігання.

Формулювання мети статті. Вищезазначені міркування зумовлюють мету статті, яка полягає у відображенні та аналізі результатів конкретного юридико-соціологічного дослідження впливу чинників первинної соціалізації жінок та чоловіків – співробітників Національної поліції України, Національної гвардії та Державної прикордонної служби на формування гендерних стереотипів, окресленні перспектив зменшення їх деструктивних наслідків.

Виклад основного матеріалу. Беззаперечною нині є констатація залежності своєрідностей, притаманних характеру і поведінці людини, як активному діячу в різних суспільних та професійних ситуаціях, від тих умов та різноспрямованих впливів, які супроводжували її дитинство та юність протягом багатьох років, від того періоду життя, яке сучасною науковою мовою називається періодом соціалізації. Під соціалізацією розуміють увесь багатогранний процес олюднення людини, що включає в себе як біологічні передумови, так і безпосередньо саме входження індивіда в соціальне середовище і передбачає: соціальне пізнання, соціальне спілкування, оволодіння навичками практичної діяльності, включаючи як предметний світ речей, так і

© В.Г. Андросюк, О.В. Волошина, 2020

* *Viacheslav Androsyuk, Ph.D. in Psychology, Full Professor, Leading Researcher of the Science Laboratory of Psychological Ensuring of the National Academy of Internal Affairs*

** *Oksana Voloshina, Ph.D. in Psychology, Associate Professor, Senior Researcher of the Science Laboratory of Psychological Ensuring of the National Academy of Internal Affairs*

всю сукупність соціальних функцій, ролей, норм, прав та обов'язків тощо; активну перебудову навколишнього (природного і соціального) світу; зміну і якісне перетворення самої людини, її всебічний і гармонійний розвиток, процес засвоєння індивідом соціального досвіду, системи соціальних зв'язків і відносин². Не лише чесноти особи – гуманізм та толерантність, патріотизм та товариськість, працелюбність та самоповага, формуються в дитинстві. Продуктом соціалізації є й агресивність та егоїзм, схильність до протиправності та насильства. Дія механізмів соціалізації продукує низку підсвідомих стереотипів сприймання дійсності і організації поведінки, що для більшості людей визначає їх суспільне та професійне кредо – дорожню карту життєдіяльності.

Нині на часі, в цивілізованих країнах і в Україні, доволі гостро постає вирішення важливої соціальної проблеми так званого гендерно зумовленого насильства та інтолерантності, проблеми, зв'язаної зі стосунками чоловіків і жінок не лише в нетрях родини та інтимності, а й у сфері суспільного буття – політики, економіки, права, професійної діяльності. Гендер – це те, якою людиною себе відчуває, самоусвідомлення себе носієм жіночих чи чоловічих рис, реалізатором відповідних стереотипів поведінки в різних умовах життя. У контексті цього особливої уваги потребує дослідження саме гендерної соціалізації на виникнення тих негараздів, які у подальшому сприяють загостренню гендерно зумовлених проблем в особистому та професійному житті людини.

Найважливіші погляди на гендер формуються ще в дитинстві під впливом того, які моделі поведінки особа спостерігає у своїй родині – найважливішому інституті соціалізації підростаючих поколінь, який являє собою персональне середовище життя і розвитку дітей, а якість цих поглядів визначається низкою параметрів конкретної сім'ї³. Науковці констатують наявність психологічних механізмів, які пояснюють специфіку соціалізації дитини. Зокрема, імітація – усвідомлене прагнення дитини копіювати певну модель поведінки своїх батьків, а також інших дорослих (в тому числі і тих, хто їх карає). Ідентифікація – спосіб засвоєння дітьми батьківської поведінки, установок і цінностей як своїх власних. Важливим аспектом соціалізації є засвоєння гендерних ролей. У багатьох культурах дівчатка повинні бути вихованими і слухняними, а хлопчики – прагнути до самостійності та успіху⁴. Перші зразки типового чоловіка чи жінки у дитини залежать від уявлень членів сім'ї про ролі й місце жінки і чоловіка в суспільстві, значущості культурних норм та вимог, яких дотримуються члени сім'ї і які культивуються в ній. Так, одним із найважливіших у вихованні дівчинки є образ материнства – піклування матері про дитину (нагодувати, випрати речі, погратися). Мужність батька – зразок для сина. Проте, як правило, ростити та виховувати дітей доводиться матері. Відсутність вихователя-батька негативно впливає на психосексуальний розвиток не тільки сина, а й доньки. Окрім цього, якщо хлопчику при цьому не буде від кого перейняти чоловічу статеву роль, то дівчинці не вдасться засвоїти ідеал протилежної статі, вона не побачить жіночної поведінки матері-жінки щодо чоловіка. Відсутність же в сім'ї матері не тільки ускладнює формування прикладу жіночності, а й може перешкоджати набуттю досвіду емоційної теплоти і турботливості. Сучасна українська сім'я – це сім'я, що живе в нових соціально-економічних умовах та є однією з найдинамічніших груп, і саме через неї, з одного боку, забезпечується збереження і спадкоємність гендерних стереотипів та взаємовідносини статей, а з іншого – вона є «ініціатором» відображення у свідомості подружжя їх ціннісних орієнтацій, потреб, життєвих планів. Саме в сім'ї формуються нові уявлення про місце і роль чоловіка та жінки в сучасному світі, засвоюється статева мораль, трансформується субкультурна диференціація статей та статевої ідентичності, у сім'ї закладається підґрунтя подальшої професійної ідентифікації та гендерних стосунків у межах трудової діяльності.

На реалізацію міжнародного проєкту за участю МВС України, громадських організацій «ООН-жінки», Промундо та Київського міжнародного інституту соціології було здійснено юридико-соціологічне опитування співробітників Національної поліції України, Національної гвардії та Державної прикордонної служби – чоловіків та жінок. Опитуванням за спеціально розробленою різноспрямованою анкетною була охоплено понад 3000 респондентів у шести регіонах України, у тому числі тих, хто нині забезпечує публічну безпеку та територіальну цілісність держави в зоні ООС. Блоки анкети були спрямовані на з'ясування ставлення правоохоронців до наявних гендерно зумовлених проблем у службі і побуті, законодавства щодо протидії гендерному насильству й інтолерантності, витоків та детермінант усталених гендерних стереотипів, впливу екстремальних умов служби на міжстатеві відносини тощо.

У результаті дослідження було доведено відсутність у царині сектору безпеки МВС України критичного стану гендерно зумовлених проблем не лише в побуті співробітників, а й за місцем виконання службових повноважень. Зокрема, 96,3 % опитаних жінок та 92,4 % чоловіків підтримують рівні можливості для чоловіків та жінок щодо просування по службі, 76,0 % чоловіків-правоохоронців вважають, що жінки та чоловіки з однаковою кваліфікацією однаково добре впораються з роботою. Опитані обох статей почувалися доволі комфортно, працюючи з колегами-жінками на одному рівні субординації (84,6 % чоловіків та 86,0 % жінок) та навіть під керівництвом колег-жінок (65,1 % чоловіків). Загалом 80,5 % чоловіків і 94,3 % жінок з-поміж опитаних правоохоронців підтримують необхідність прийняття закону, який визнавав би злочином неправомірну поведінку сексуального характеру або сексуальні домагання в громадських місцях. Водночас 38,1 % опитаних жінок констатували, що вони та їхні колежанки стикаються з численними формами дискримінації всередині сектору безпеки. Переважна більшість і чоловіків, і жінок (73,4 % та 85,2 % відповідно) погоджуються з необхідністю вдосконалювати відомчу систему превенції та протидії сексуальним домаганням серед працівників сектору, оскільки про свій досвід сексуальних домагань або дій сексуального характеру в громадських місцях повідомили 58,4 % жінок. У родинях співробітників фізичного насильства з боку партнера

заснавали 16,8 % жінок, а 10,3 % чоловіків зізналися в його скоєнні. У царині правоохоронців діють навіть доволі архаїчні гендерні стереотипи. Так, 18,1 % опитаних жінок та 14,1 % чоловіків вказали, що зовнішній вигляд жінки, зокрема відвертість її одягу, може провокувати чоловіка на сексуальне домагання.

Одним із важливих напрямів дослідження було виявлення сприятливих чинників та негараздів первинної соціалізації – розвитку та виховання співробітників у дитячому та юнацькому віці в їхніх родинях, впливу умов соціалізації на формування і прояв гендерних стереотипів в сучасних професійних обставинах. Загалом, дослідження засвідчило переважання чинників, позитивно орієнтованих на формування гендерних стереотипів на етапі розвитку особистості сучасних правоохоронців. Так, батько в їх родинях не цурався виконання хатніх обов'язків, традиційно належних до жіночих – приготування їжі, прибирання господи, робота в садібі, що відзначили 93,0 % респондентів-жінок та 96,2 % чоловіків. Понад 2/3 опитаних (73,7 % жінок та 69,6 % чоловіків), вважають, що у їхньому дитинстві мати була залучена до прийняття важливих рішень, таких як витрачання сімейного бюджету на великі покупки (на кшталт машини, будинку чи великої побутової техніки), а 30,0 % представників обох статей зазначили, що в подібних рішеннях думка матері була вирішальною. У середньому 95,0 % опитаних співробітників (чоловіків та жінок) висловили переконання у суттєвій ролі батька у догляді за ними, їх братами та сестрами – супроводі до школи, допомозі у виконанні домашніх завдань, виховних заходах тощо. Навіть у складних для родини умовах розлучення 86,8 % опитаних чоловіків та 90,8 % жінок погодилися із твердженням, що чоловіки і жінки мають ділити опіку над дитиною порівну.

Разом із тим позитивні враження щодо гендерної рівності в дитинстві не завжди слугують підґрунтям для адекватного формування прийнятних гендерних стереотипів. Зокрема, більше половини (56,3 %) чоловіків-правоохоронців поділяють думку, що останнє слово в прийнятті рішень у домі має бути за чоловіком, хоча серед жінок цю думку поділяють лише 26,4 % опитаних. З гендерно зумовленим стереотипом, що для усіх краще, коли чоловік заробляє гроші, а жінка лише піклується про дім і дітей, погодилися 47,7 % чоловіків і вдвічі менше (23,1 %) жінок, не зважаючи на те, що в третині родин опитаних співробітників годувальниками рівною мірою виступають чоловіки та жінки. Не можна також вважати позитивним сформований під дитячими враженнями стереотип, що для жінки набагато важливіше вийти заміж, ніж робити кар'єру, з чим погодилося менше половини (47,7 %) опитаних чоловіків і 27,6 % жінок.

Одним із вкрай негативних чинників формування гендерно проблемної поведінки є прояви насильства в родинях. Насильство у дитячому віці тісно зв'язане з багатьма негативними наслідками вже у дорослому житті, такими як зловживання алкоголем, схильність до самогубства або інша ризикована поведінка⁵. Окрім того, дослідження доводять, що споглядання за насильством щодо матері або пережите в дитинстві насильство підвищує ймовірність того, що особа сама вчинить подібні дії щодо свого партнера або дітей⁶. Про психологічне або фізичне насильство в сім'ї стосовно їхньої матері хоча б один раз, повідомили 46,4 % опитаних чоловіків та 39,3 % жінок. При цьому психологічне насильство траплялося частіше, ніж фізичне, і в дитинстві жінки його помічали частіше (46,1 %) порівняно з чоловіками (38,2 %). На жаль, насильства в дитячому віці зазнавали і самі опитані правоохоронці. Так, фізичне насильство переважало над психологічним, і шанси на нього у хлопців були помітно вищі, аніж у дівчат: 51,5 % чоловіків зазнавали фізичних покарань з боку рідні у дитинстві принаймні одного разу проти 43,9 % жінок, впливу чого не могли оминати сформовані в подальшому негативні стереотипи. Крім зазначеного, опитані були жертвами фізичного чи емоційного насильства з боку вчителів або інших учнів у школі (37,4 % опитаних чоловіків та 15,1 % жінок). Зазначене пояснює, чому більшість опитаних нами правоохоронців (61,8 % чоловіків та 55,3 % жінок) позбавляють дитину заохочень, відбирають привілеї, не дозволяють виходити з дому, забороняють діяти самостійно. Загалом половина батьків (55,6 % опитаних чоловіків та 61,6 % жінок) використовують такі знущальні методи виховання дітей, як крик, побиття, ляскання.

Перенесення насильницьких поведінкових стереотипів на доросле життя подружжя в процесі соціалізації має місце і в сучасних родинях правоохоронців. Психологічного насильства в родинях зазнають 38,5 % опитаних жінок, а 48,1 % чоловіків його вчиняють. Від фізичного насильства потерпають 22,0 % респонденток, а 12,1 % опитаних чоловіків інколи до нього вдаються.

Висновки. Вищевикладені результати дослідження гендерного компоненту в секторі безпеки України висвітлюють феномени й причини найбільш суттєвих гендерних проблем, переконливо свідчать про актуальність і своєчасність опрацювання дорожньої карти відомчої гендерної політики в межах професійної діяльності органів та підрозділів Міністерства внутрішніх справ України. Зокрема, потребує корекції правове регулювання процедури формування кадрового складу підрозділів сектору безпеки з урахуванням гендерної рівності та дотримання принципу рівних можливостей службового просування представників жіночої та чоловічої статі. Повинен бути унормований регламент організаційно-дисциплінарних заходів у випадках прояву сексизму, розробки методології превенції ситуацій гендерно зумовленої службової залежності. Врешті, вважаємо необхідною реалізацію дієвих заходів організаційно-кадрового, просвітницького та психолого-педагогічного характеру щодо формування свідомого і відповідального ставлення співробітників до спільної командної взаємодії на засадах адекватного сприйняття прав людини, взаємної поваги та толерантності.

¹ Державна доповідь про стан реалізації Національного плану дій з виконання резолюції Ради Безпеки ООН 1325 «Жінки. Мир. Безпека» на період до 2020 року за підсумками 2018–2019 років. URL: <http://dszn-zoda.gov.ua/>

² Бондарчук О. Гендерні проблеми управлінської діяльності керівників освітніх організацій. *Гендерні дослідження: прикладні аспекти*: монографія / за ред. В.П. Кравця. Тернопіль : Навчальна книга – Богдан, 2013. С. 29–40; Психологія дитинства: учебник / под ред. А.А. Реана. Санкт-Петербург: Прайм-ЕВРО-ЗНАК, 2003. 368 с.

³ Дубиніна М. Гендерні особливості професійної самореалізації жінок. *Теорія і практика сучасної психології*. 2018. № 3. С. 24–27.

⁴ Bridges J.S. Sex differences in occupational values. *Journal of Research*. 1989. Vol. 20. N 3–4. P. 205–214; Мудрик А.В. Социальная педагогика: учеб. для студ. пед. вузов / под ред. В.А. Сластенина. Москва: Академия, 2000. 200 с.

⁵ WHO (2018). Adverse childhood experiences and health-harming behaviors among students in Ukraine. URL: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/370390/ace-ukraine-eng.pdf?ua=1

⁶ O’Leary, K.D. et al (2008). Descriptive epidemiology of intimate partner aggression in Ukraine. *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 43(8), 619–626. URL: https://www.researchgate.net/publication/252931992_Descriptive_Epidemiology_of_Intimate_Partner_Aggression_in_Ukraine

Резюме

Андросюк В.Г., Волошина О.В. Первинна соціалізація як чинник формування гендерних стереотипів професійної діяльності співробітників сектору безпеки МВС України.

У статті відображено результати юридико-соціологічного дослідження деяких гендерно зумовлених проблем у секторі безпеки МВС України. Опитування співробітників Національної поліції України, Національної гвардії та Державної прикордонної служби допомогло виявити найбільш актуальні феномени гендерної нерівності та інтолерантності у стосунках жінок та чоловіків у межах виконання службових обов’язків та в побуті. Констатовано роль досвіду первинної соціалізації співробітників сектору безпеки в дитинстві у формуванні неадекватних гендерних стереотипів. Обґрунтовано необхідність вжиття правових, організаційно-кадрових та психолого-педагогічних заходів превенції гендерних проблем у діяльності співробітників Міністерства внутрішніх справ України на засадах адекватного сприйняття прав людини, взаємної поваги та толерантності.

Ключові слова: гендерні проблеми, первинна соціалізація, гендерні стереотипи, інтолерантність, гендерно зумовлене насильство, превенція гендерних проблем.

Резюме

Андросюк В.Г., Волошина О.В. Первичная социализация как фактор формирования гендерных стереотипов профессиональной деятельности сотрудников сектора безопасности МВД Украины.

В статье отображены результаты юридико-социологического исследования некоторых гендерно обусловленных проблем в секторе безопасности МВД Украины. Опрос сотрудников Национальной полиции Украины, Национальной гвардии и Государственной пограничной службы позволил выявить наиболее актуальные феномены гендерного неравенства и интолерантности во взаимоотношениях женщин и мужчин в пределах выполнения служебных обязанностей и в быту. Констатирована роль опыта первичной социализации сотрудников сектора безопасности в детстве в формировании неадекватных гендерных стереотипов. Обоснована необходимость реализации правовых, организационно-кадровых и психолого-педагогических мероприятий превенции гендерных проблем в деятельности Министерства внутренних дел Украины на основе адекватного восприятия прав человека, взаимного уважения и толерантности.

Ключевые слова: гендерные проблемы, первичная социализация, гендерные стереотипы, интолерантность, гендерно обусловленное насилие, превенция гендерных проблем.

Summary

Viacheslav Androsyuk, Oksana Voloshina. Primary socialization as a formation factor of gender stereotypes of professional activity of the security sector employees of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine.

The article displayed the results of a legal and sociological study of some gender-related problems in the security sector of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. A survey of employees of the National Police of Ukraine, the National Guard and the State Border Guard Service revealed the most relevant phenomena of gender inequality and intolerance in the relationship between women and men within the scope of their official duties and in everyday life. The study proved the absence of a critical state of gender-related problems in the security sector of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, not only in the everyday life of employees, but also at the place of execution of official duties. In particular, almost all of the interviewed employees, women and men, support the opinion about equal opportunities in professional development, and more than half of the male law enforcement officers believe that women and men with the same qualifications will cope with their official duties equally well. Also, the majority of respondents feel quite comfortable working with female colleagues not only at the same level of subordination, but also under the guidance of female colleagues. At the same time, 40 % of the women surveyed stated that they and their colleagues face certain forms of discrimination within the security sector. The overwhelming majority of both men and women counteract sexual harassment among workers in the sector, since half of the women surveyed reported their experience of sexual harassment or actions of a sexual nature in public places. That’s why, 80.5 % of men and 94.3 % of women among the polled law enforcement officers support the need to adopt a law that would recognize sexual misconduct or sexual harassment in public places as a crime. In the families of security sector employees, one in five women experienced physical violence by a partner, and 10.3 % of men admitted to having committed it. The role of the experience of primary socialization of security sector employees in childhood in the formation of inadequate gender stereotypes is stated. The necessity of implementation of legal, organizational, personnel, psychological and pedagogical measures for the prevention of gender problems in the activities of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine is substantiated on the basis of an adequate perception of human rights, mutual respect and tolerance.

Key words: gender problems, primary socialization, gender stereotypes, intolerance, gender-related violence, prevention of gender problems.

М.М. БЕДРІЙ

*Мар'ян Миронович Бедрій, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0003-4021-1980

ДО ПИТАННЯ ПРО ФУНКЦІЇ ТА ЗАВДАННЯ ПРАВОВОГО ЗВИЧАЮ

Постановка проблеми. Динамічний розвиток сучасних правових систем актуалізує новітні дослідження джерел (форм) права. Серед них значний інтерес становить правовий звичай – джерело права, присутність якого спостерігається в більшості народів від найдавніших часів і до сьогодення. Крім того, правовий звичай є важливим джерелом міжнародного права. З огляду на ці обставини варто дослідити функції та завдання, що характерні правовому звичаю. Функціями правового звичаю можуть вважатися напрями його впливу на суспільство, а завданнями – цілі, яких він досягав завдяки згаданому впливу. У контексті правового звичаю функції перебувають у нерозривному зв'язку з його завданнями, тому в даній статті розглядатимуться спільно.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Звичаєве право становить важливий об'єкт досліджень юридичної, соціологічної, історичної та інших наук. Теоретичну базу цієї публікації становлять положення, сформульовані насамперед у працях про суспільну природу правового звичаю. Серед сучасних українських правознавців вказані питання вивчалися у публікаціях І. Бойка, Т. Бондарук, С. Васильєва, О. Васянович, П. Волвенка, О. Волощенко, І. Грозовського, М. Жовтобрюха, С. Ковальнової, Ю. Лободи, І. Музики, Н. Пархоменко, І. Усенка, Ю. Цветкової, О. Шевченка та ін. При цьому проблема функцій і завдань правового звичаю розкривалася переважно у контексті інших аспектів звичаєвого права. З огляду на вказану обставину існує доцільність окремого опрацювання заявленої теми.

Формулювання мети статті. Метою цієї статті є виявлення й обґрунтування функцій і завдань правового звичаю як джерела права та феномена правової культури. Для досягнення означеної мети провідна роль належить функціональному методу дослідження в поєднанні з іншими методологічними інструментами наукового пізнання.

Виклад основного матеріалу. Оскільки правовий звичай є джерелом (формою) права, доцільно передусім розглянути функції права і його джерел. П. Рабінович поділяє функції права на загальносоціальні (здійснюються об'єктивним правом спільно з іншими соціальними явищами) та спеціально-соціальні (становлять нішу саме об'єктивного права). До перших ним віднесено організаторську, управлінську, гуманістичну, комунікативну, орієнтаційну, оцінювальну, ідеологічно-виховну та пізнавальну, а до других – закріплюючу, творчу, стимулюючу, обмежувальну та витіснявальну функції¹. Н. Пархоменко класифікувала функції джерел права на загальні та спеціальні. Згідно з її дослідженнями до загальних належать соціальна (включає ідеологічно-виховну, світоглядну, інформаційно-програмуючу і координаційну), політична та економічна, а до спеціальних – регулятивна й охоронна функції².

Звичаєве право є складовою правової культури зокрема та культури загалом, тому для повного висвітлення функцій правового звичаю важливо врахувати у тому числі функції культури. Серед функцій культури виокремлюють наступні: пізнавальну, адаптивну, інтегративну, перетворювальну, комунікативну, інформаційну, нормативно-регулятивну, виховну, ціннісно-орієнтаційну та ін.³ Значною мірою перераховані функції культури, права та його джерел реалізуються через правові звичаї, проте їм характерний також власний набір функцій і завдань, які варто проаналізувати докладніше.

У польській цивілістичній доктрині виокремлюють дві основні функції звичаю в зобов'язальному праві: нормуючу (звичай впливає на наслідки правочинів) та роз'яснювальну (звичай використовується для з'ясування змісту волевиявлення сторін)⁴. Інколи нормуюча функція інтерпретується дещо ширше, адже звичай не тільки впливає на наслідки правочинів (ст. 56 ЦК Польщі), а й також визначає правовідношення загалом (ст. ст. 69, 365¹, § 2 ст. 384 ЦК Польщі), формує і уточнює права й обов'язки сторін правовідношення (ст. 97, § 1 ст. 354, § 1 ст. 394, ст. 536, § 2 ст. 545, ст. 563, 699, 709⁶, § 1 ст. 738, ст. 758¹, 836, 921⁶, § 3 ст. 922, § 1 ст. 994, 997, § 3 ст. 1039, ст. 1043 ЦК Польщі), окреслює сферу відповідальності сторін правовідношення (§ 2 ст. 788, § 2 ст. 801, ст. 852, § 3 ст. 855 ЦК Польщі).

Інакше кажучи, нормуюча функція звичаю полягає в безпосередньому регулюванні суспільних відносин. Роз'яснювальна функція звичаю (§ 1 ст. 65, ст. ст. 287, 298, 846) полягає в тому, що він допомагає тлумаченню договорів та інших правочинів, сприяє інтерпретації формулювань і термінів законодавства, а також становить критерій з'ясування змісту правовідношення. Здійснення звичаєм роз'яснювальної функції не виключає можливість виконання ним ще й нормуючої функції⁵.

Оскільки завданням цієї публікації є дослідження функцій правового звичаю загалом, а не звичаю в конкретній галузі чи інституті права, розробка переліку функцій повинна враховувати різні характеристики. Причому важливо аналізувати функції правового звичаю не лише на сучасному етапі, а й на підставі історичного матеріалу. Для повноти результатів доцільним видається висвітлення функцій правового звичаю не тільки з позиції українського досвіду, хоча він повинен бути основою та орієнтиром, а й з урахування світових практик. На підставі зазначеного можна запропонувати такий перелік функцій правового звичаю: регулятивна, роз'яснювальна, охоронна, захисна, стабілізуюча, відтворююча, флективна, світоглядно-виховна, ідентифікаційно-комунікативна, антімонополюсна та праворесурсна.

1. *Регулятивна функція* правового звичаю виражається в правовому регулюванні суспільних відносин, тобто у встановленні прав і обов'язків їхніх суб'єктів. Правовий звичай на відміну від інших звичаїв суспільства регулює найбільш важливі відносини, які за своєю природою становлять або повинні становити предмет правового регулювання. Рівень важливості певних відносин еволюціонує в процесі історії, проте є блок відносин, які перманентно мають правовий характер – відносини щодо організації та здійснення державної влади, життя й здоров'я особи, власності, зобов'язань і спадкування, юридичної відповідальності та судочинства тощо.

Регулюючи суспільні відносини упродовж історії, правові звичаї дозволяли певні моделі поведінки, змушували до них чи забороняли (наприклад, у формі табу). На сучасному етапі можна відзначити істотне переважання диспозитивних (дозволяючих) правових звичаїв. Це пояснюється зокрема тим, що держави цілком зрозуміло й очікувано намагаються монополізувати імперативні норми, які потребують забезпечення їхнім публічним примусом. Регулятивна функція правового звичаю здійснюється на основі його визнання більшістю відповідної спільноти – населення держави, місцевості, етнічної групи тощо. Втрачаючи визнання, правовий звичай не може належно здійснювати регулятивний вплив на суспільні відносини, а відтак – втрачає і юридичну чинність⁶.

У межах регулятивної функції правового звичаю варто розглянути управлінську й організаційну складові. Зокрема управлінська складова регулятивної функції проявляється в тому, що правовий звичай може виступати основою здійснення владних повноважень, а відтак – управління суспільством. Це особливо чітко проявлялося в часи, коли ще не існувало актів законодавства, які б обмежували владу правителя. За таких умов обмежувачами були релігія та звичай. Керівники держав також часто зверталися до авторитету звичаю при ухваленні складних політичних рішень. З розвитком конституціоналізму управлінські завдання звичаєвих норм скорочувалися, проте і в сучасності вони присутні в конституційному й адміністративному праві. Показовим у цьому відношенні є приклад Великобританії, де за відсутності цілісної писаної Конституції вагоме значення належить конституційним звичаям⁷.

Організаційна складова регулятивної функції правового звичаю вказує на його здатність упорядкування стану суспільства. За умов відсутності держави та законодавства організаційні можливості правового звичаю були визначальними. Саме звичаєве право стало противагою додержавного хаосу і «війни всіх проти всіх», а тому й передумовою для утворення перших держав. Згодом держави використали його організаційний інструментарій на етапі розбудови та зміцнення своїх апаратів примусу. З огляду на те, що норми звичаєвого права творяться насамперед самим суспільством, йдеться не стільки про штучне організаційне впорядкування громадського життя певними суб'єктами, скільки про самоорганізацію суспільства.

2. *Роз'яснювальна функція* правового звичаю реалізується шляхом інтерпретації тексту законодавства, правозастосовного акта чи певного договору. До звичаю звертаються інтерпретатори, коли такі тексти не мають чіткості чи потребують уточнень. Для роз'яснення оціночних понять також часто застосовуються звичаєві норми (наприклад, зміст поняття розумного строку, прийнятого розміру виплат та ін.). Інколи тексти самі відсилають до звичаїв для встановлення змісту певного положення. Правові звичаї здатні допомогти при роз'ясненні не тільки текстів, а й певних символічних знаків або дій. Зокрема під час укладення договору в одних народів може практикуватися певна символічна дія між контрагентами (наприклад, потиск рук, спільна трапеза тощо), а в інших такий жест матиме протилежне значення чи не використовуватиметься взагалі. Ці культурні розбіжності можуть стати визначальними при здійсненні конкретного правовідношення.

3. *Охоронна функція* правового звичаю спостерігається на різних етапах еволюції права та полягала у гарантуванні миру і безпеки в державі, суспільстві та громаді. Правовий звичай був запорукою особистої безпеки індивіда та непорушності його прав у часи, коли ще не існувало конституційних гарантій і міжнародних стандартів. У багатьох випадках ця здатність правового звичаю була умовною чи неповною, проте її наявність була важливим мінімумом, який дозволяв людській цивілізації існувати та розвиватися упродовж століть. До авторитету правового звичаю зверталися державні діячі, керівники громад, індивіди та інші суб'єкти, турбуючись про найважливіші суспільні цінності. Перед прийняттям відповідного законодавства під охороною правового звичаю перебували життя, здоров'я, власність, громадський порядок, довкілля тощо. Після його прийняття звичаєві норми доповнюють охоронні положення законодавства. Прикладом такого доповнення є ст. 438 Кримінального кодексу України «Порушення законів і звичаїв війни».

В охоронній функції правового звичаю серед іншого присутні попереджувальна й обмежувальна складові. Попереджувальна складова охоронної функції спрямована на превенцію різноманітних порушень суспільного порядку та прав особи. Ця превенція забезпечувалася заходами юридичної відповідальності за правопорушення та громадського контролю за правопорядком. Відповідні засоби передбачалися нормами зви-

часевого права в різні часи. Обмежувальна складова полягала у формуванні певних рамок поведінки суб'єктів правовідносин через встановлення у правових звичаях конкретних вимог, обов'язків і заборон.

4. *Захисна функція* правового звичая полягає у тому, що він є підставою або навіть творить механізм захисту прав та інтересів індивіда чи спільноти. У ході правозастосування правовий звичай може стати індикатором, який вказує на певне вирішення справи. Різні особи упродовж історії, захищаючи свої права перед судом чи іншим органом публічної влади, неодноразово зверталися до норм звичаєвого права. Владні суб'єкти також часто відсилали до відповідних норм у своїх рішеннях, хоча на сучасному етапі це радше становить рідкість. Задля характеристики захисної функції правового звичая також варто згадати судові механізми, що творилися звичаєвим правом – на українських землях це насамперед копні та козацькі суди. Загалом підсистемам звичаєвого права характерно те, що вони містять власні, витворені на звичаєвому ґрунті, механізми судового захисту та застосування норм цього права. Їх також називають судами звичаєвого права, функціонування яких триває в окремих державах і в сучасних умовах⁸.

5. *Стабілізуюча функція* реалізується правовим звичаєм з огляду на те, що він тісно взаємодіє з правовою традицією, а тому стабілізує правовий розвиток, оберігаючи його від хаотичності та надмірного випередження реалій суспільного життя. На думку П. Волвенка, саме звичаєве право захищає національну правову систему від негараздів політичної боротьби, лобювання інтересів певних осіб, «інженерних» експериментів над суспільством, різних популізмів і руйнування напрацьованих роками правових принципів⁹. Отже, правовий звичай є важливим чинником сталого розвитку суспільства і держави.

6. *Відтворююча функція* правового звичая знаходить свій вираз у тому, що він, фіксуючи певну модель (взірець, шаблон тощо) поведінки, сприяє її кількарізовому повторенню у відповідних умовах. При цьому згаданий взірець так чи інакше походить з минулого (давнього або близького), адже мусить попередньо відбутися. У такий спосіб правовий звичай відтворює певну, як правило, суспільно корисну чи допустиму модель поведінки у наступних життєвих ситуаціях. Часто для правового звичая характерна навіть деяка деталізація поведінкового шаблону (особливо це стосується обрядових і символічних форм), а тому відтворення суспільної реальності через звичаєве право може характеризуватися повнотою та докладністю. Вказану деталізацію звичаєвих моделей поведінки на українських землях у громадському судочинстві та суспільному житті відзначав зокрема А. Яковлів¹⁰.

7. *Флективна функція* правового звичая полягає в забезпеченні гнучкості чинного права. Заснована на нормативно-правових актах правова система (а саме такими є більшість) потребує водночас певної динаміки і оперативного реагування на потреби суспільства в окремих сферах (наприклад, торгівлі). Законодавчий текст фіксує певний стан суспільних відносин і не може довільно змінюватися та прилаштовуватися до конкретних ситуацій, тоді як для звичая це є допустимим. Відтак, формулювання «згідно зі звичаєм», «якщо інше не передбачено звичаєм», «в обсязі, визначеному звичаєм» тощо додають тексту нормативно-правового акта тієї гнучкості, яка відповідає динаміці суспільних відносин. За таких умов правове регулювання суспільних відносин не змушене чекати, поки відбудуться відповідні зміни в законодавстві, а доповнюється відповідними звичаями, покликаними оперативно вирішити проблеми суспільства загалом і учасників конкретної ситуації зокрема.

8. *Світоглядно-виховна функція* правового звичая проглядається насамперед при його дослідженні як культурного феномена. Опираючись на суспільному визнанні, правовий звичай потребує світоглядної основи, що формується уявленнями народу, суспільства, етнічної спільноти тощо про необхідне та допустиме. При цьому існує зворотній зв'язок, оскільки звичаєво-правові норми, повторюючись у суспільному житті, впливають на свідомість і світогляд індивідів. Закладені у правових звичаях цінності в такий спосіб здійснюють у тому числі виховний вплив, коректуючи моделі поведінки та схеми їхнього розуміння.

9. *Ідентифікаційно-комунікативна функція* виражається в тому, що визнання і виконання правового звичая в певний спосіб може вважатися знаком приналежності до конкретної суспільної групи – народу, етносу, конфесії тощо. Відтак, правовий звичай може бути, з одного боку, ідентифікатором приналежності конкретних осіб до суспільної групи, а з іншого – становить чинник їхнього єднання в згадану групу, забезпечення її стабільності та внутрішньої взаємодії.

Упродовж історії правові звичаї часто виконували цю функцію. Дослідники відзначають те, що звичаєве право допомагає спільноті зберегти свою самобутність і корпоративний дух, тобто світогляд, віру, сподівання, ритуали і взагалі власну атмосферу. Звичаєве право є відображенням природи і духу спільноти, встановлюючи відповідні межі поведінки для членів об'єднання. Як зауважує М. Жовтобрюх, навіть за відсутності спеціальних інститутів, які забезпечують чинність звичаєвого права, воно не перестає діяти, бо дію права забезпечує саме дух солідарності спільноти¹¹.

Чимало досліджень доводять зв'язок етнопсихологічних характеристик народів із їхнім правом, що особливо виразно простежується у звичаєвому праві. Також загальноновизнаною є роль правової (насамперед звичаєво-правової) культури для збереження ідентичності етносу¹². Значення правових звичаїв для збереження етнічної ідентичності можна спостерігати не тільки в історії українського народу, а й інших народів, які протягом тривалого часу не мали власної державності – ірландського, тибетського, циганського та ін.

10. *Антимонополярна функція* правового звичая тісно пов'язана з принципом правового плюралізму в розумінні різноманіття чинних джерел права. Домінування нормативно-правового акта в сучасних умовах є цілком логічним і зрозумілим, однак його монополія становить загрозливе явище, яке може звести все право до волі держави (шкідливість такого підходу свого часу була доведена Нюрнберзьким трибуналом і неодно-

разово обґрунтовувалася в науковій літературі). Натомість правовий звичай доповнює систему джерел права і в такий спосіб зменшує завантаженість простору правового регулювання актами публічної влади. З огляду на демократичний механізм утворення правового звичаю його присутність у правовій системі поруч з іншими джерелами права є особливо корисною та важливою.

11. *Праворесурсна функція* правового звичаю зумовлена використанням звичаєвого права як надійного матеріалу для подальших законодавчих робіт (зокрема має особливу цінність при кодифікації). Інакше кажучи, правовий звичай не тільки є самостійним джерелом права, а й може використовуватися для створення інших джерел права – нормативно-правових актів, правових прецедентів і нормативно-правових договорів. Принципи права також часто мають звичаєве походження, адже подібно до звичаю потребують загального визнання.

Як відомо, звичаєве право було основою таких кодифікацій, як «Руська правда», Судебник Казимира IV Ягеллона 1468 р., Статути Великого князівства Литовського, «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. та ін. У сучасному законодавстві України теж присутні положення, сформульовані на підставі норм звичаєвого права. Використання правових звичаїв при законотворчості має позитивний ефект, оскільки законодавець не повинен розробляти абстрактні нормативні конструкції, щодо яких існує ризик недовіри, а бере безпосередньо із суспільного життя ті положення, які вже отримали визнання і фактичну чинність.

На підставі проаналізованих функцій можна виокремити наступні *завдання правового звичаю*:

- правове регулювання суспільних відносин, а відтак встановлення прав і обов'язків їхніх суб'єктів;
- роз'яснення положень законодавства, актів правозастосування, текстів договорів, термінів і символічних дій;
- правова охорона суспільних благ і цінностей, у тому числі гарантування безпеки індивідів та їхніх спільнот;
- забезпечення можливостей захисту прав і свобод через засоби, сформовані звичаєвим правом;
- стабілізація правової системи, її захист від необдуманих і ризикованих трансформацій;
- відтворення набутого правового досвіду в нових умовах, ретрансляція суспільно важливих моделей поведінки;
- забезпечення гнучкості правової системи, а тому пристосування її елементів до нових і неочікуваних викликів;
- вплив на світогляд індивіда та суспільства загалом, їх виховання в дусі традиційних цінностей і переконань;
- визначення приналежності суб'єкта до певної спільноти та підтримування зв'язку між її учасниками;
- запобігання монополії в правовій системі нормативно-правового акта чи іншого джерела права;
- формування матеріалу для систематизації права, а також наповнення законодавства нормами, апробованими та визнаними суспільством.

Висновки. Таким чином, правовий звичай як суспільне явище, еволюціонує в процесі історії, виконує широкий спектр функцій, які корелювалися з його завданнями. Пропри те, що через нього реалізуються функції інших явищ (права, культури тощо), для нього характерний ще й автентичний каталог функцій і завдань, дослідження якого поглиблює знання про суспільне призначення правового звичаю. До функцій правового звичаю належать регулятивна, роз'яснювальна, охоронна, захисна, стабілізуюча, відтворююча, флективна, світоглядно-виховна, ідентифікаційно-комунікативна, антимонопольна та праворесурсна. Не кожному періоду, народу чи місцевості характерний повний набір аналізованих функцій і завдань, проте варто відзначити можливість їхнього здійснення правовим звичаєм загалом, що підтверджується минулим досвідом і сучасним станом правовідносин. Отримані результати дослідження, з одного боку, доповнюють розуміння природи правового звичаю, а з другого – доводять доцільність подальшого використання цього джерела права у правових системах сучасності.

¹ Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Львів: Край, 2008. С. 116–117.

² Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Київ: Юридична думка, 2008. С. 118–121.

³ Данильян О.Г., Тараненко В.М. Філософія. Харків: Право, 2011. С. 276–277; Основи культурології / за ред. Л.О. Сандюк, Н.В. Щубелки. Київ: Центр учбової літератури, 2012. С. 30–31.

⁴ Studnicki F. Działanie zwyczajów handlowych w zakresie zobowiązań z umowy. *Prace Komisji Prawniczej*. Nr. 4. Kraków: Drukarnia Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1949. S. 75.

⁵ Lic J. Zwyczaj i prawo zwyczajowe. *System prawa handlowego* / pod. red. Stanisława Włodyki. T. 1. Prawo handlowe – część ogólna. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck, 2009. S. 204–205.

⁶ Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І.Б. Усенка. Київ: Наукова думка, 2006. С. 55–56.

⁷ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Москва: Международные отношения, 1999. С. 263.

⁸ Васильєв С.В. Суди звичаєвого права на теренах пострадянських держав: історія та сучасний стан. *Проблеми законності*. Харків, 2015. Вип. 131. С. 15–25.

⁹ Волвенко П.В. Українське звичаєве право і традиції в сучасному правовому дискурсі: в контексті комунікативної теорії джерел права. *Методологічні проблеми історико-правових досліджень*: матер. XXIII Міжнар. історико-правової конф. (м. Алушта 24–26 вересня 2010 р.) / ред. кол.: І.Б. Усенко (гол.) та ін. Київ; Сімферополь: ДОЛЯ, 2011. С. 214.

¹⁰ Яковлів А. Українське право. *Українська культура*: лекції / за ред. Д. Антоновича; упоряд. С.В. Ульяновська. Київ: Либідь, 1993. С. 233.

¹¹ Жовтобрюх М.М. Звичаєве право: сутність, генеза, чинність: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12. Київ, 2002. С. 59.

¹² Лобода Ю.П. Правова традиція українського народу (феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу). Львів: Світ, 2009. С. 68–69.

Резюме

Бедрій М.М. До питання про функції та завдання правового звичаю.

У статті досліджено функції та завдання правового звичаю на підставі історичного досвіду та сучасного стану правового життя. Висловлено погляд, що через правовий звичай реалізуються функції права та культури, оскільки він є важливим елементом цих явищ. Водночас відзначено й те, що для правового звичаю характерний окремий каталог функцій і завдань, що потребує вивчення. Проаналізовано регулятивну, роз'яснювальну, охоронну, захисну, стабілізуючу, відтворюючу, флективну, світоглядно-виховну, ідентифікаційно-комунікативну, антимонопольну та праворесурсну функції правового звичаю. Обґрунтовано, що вказані функції перебувають у нерозривному зв'язку із завданнями правового звичаю. Запропоновано перелік завдань правового звичаю, досягнення яких відбувається через реалізацію його функцій.

Ключові слова: звичаєве право, функції правового звичаю, правове регулювання, джерело права, правова культура, стабільність правової системи, завдання правового звичаю.

Резюме

Бедрий М.М. К вопросу о функциях и задачах правового обычая.

В статье исследованы функции и задачи правового обычая на основании исторического опыта и современного состояния правовой жизни. Высказано взгляд, что через правовой обычай реализуются функции права и культуры, поскольку он является важным элементом этих явлений. В то же время отмечено и то, что для правового обычая характерен отдельный каталог функций и задач, требующий изучения. Проанализировано регулятивную, разъяснительную, охранную, защитную, стабилизирующую, воспроизводящую, флективную, мировоззренчески-воспитательную, идентификационно-коммуникативную, антимонопольную и праворесурсную функции правового обычая. Обосновано, что указанные функции находятся в неразрывной связи с задачами правового обычая. Предложен перечень задач правового обычая, достижение которых происходит через реализацию его функций.

Ключевые слова: обычное право, функции правового обычая, правовое регулирование, источник права, правовая культура, стабильность правовой системы, задачи правового обычая.

Summary

Marian Bedrii. On the question of the functions and tasks of legal custom.

The article researches the functions and tasks of legal custom based on historical experience and the current state of legal life. The view represents that law and culture functions are realized through legal custom, as it is an important element of these phenomena. At the same time, it is noted that legal custom is characterized by a separate catalog of functions and tasks that need to be studied. The regulatory, explanatory, protective, defensive, inflectional, reconstitutive, ideological-educative, identification-communicative, antimonopoly, and legal-resource functions of legal custom are analyzed. The administrative and organizational components of the regulatory function of legal custom are highlighted. The preventive and restrictive components of the protective function of legal custom are characterized. It is substantiated that these functions are inextricably linked with the tasks of legal custom.

Based on the analyzed functions, the following tasks of a legal custom are allocated: the legal regulation of social relations; clarification of provisions of the legislation, acts of law enforcement, texts of agreements, terms and symbolic actions; legal protection of public goods and values; providing opportunities to protect rights and freedoms; stabilization of the legal system, its protection from ill-considered and risky transformations; reproduction of the acquired legal experience in new conditions; ensuring the flexibility of the legal system; influence on the worldview of the individual and society in general; determining the affiliation of the subject to a particular community and maintaining communication between its members; prevention of monopoly in the legal system of a normative legal act or other sources of law; formation of material for the systematization of law.

It is argued that legal custom, as a social phenomenon, evolving in the process of history, performed a wide range of functions that correlated with its tasks. Not every period, people, or locality is characterized by a full set of analyzed functions and tasks, but it is worth noting the possibility of their implementation by the legal custom in general, as evidenced by past experience and the current state of legal relations. The results of the research, on the one hand, complement the understanding of the nature of legal custom, and on the other – prove the feasibility of further use of this source of law in modern legal systems.

Key words: customary law, functions of legal custom, legal regulation, source of law, legal culture, stability of legal system, tasks of legal custom.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.04

УДК 340.12; 321.7

Т.І. БИРКОВИЧ, О.С. КАБАНЕЦЬ

*Тетяна Іванівна Биркович, доктор з державного управління, професор Київського національного університету культури і мистецтв**

ORCID: 0000-0003-3276-2029

*Олександр Сергійович Кабанець, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету культури***

ORCID: 0000-0003-1272-6725

ЕФЕКТИВНЕ ЗАКОНОДАВСТВО ЯК УМОВА ДЕМОКРАТИЧНОГО РОЗВИТКУ СУСПІЛЬСТВА

Постановка проблеми. З кожним днем все актуальнішим стає питання щодо ефективності законодавства як умови демократичного розвитку суспільства. В контексті вищезазначеного проаналізовано завдання, які безпосередньо зв'язані з формуванням правової держави, громадянського суспільства та правової системи. Проаналізовано ефективність норм права як складової формування громадянського суспільства і правової держави. Досліджено принципи, які відображають демократичні засади та свідчать про те, що демократичність правотворчої діяльності породжуватиме, відповідно, демократичне законодавство.

Аналіз останніх досліджень. Важливі питання дослідження даної проблематики здійснювалося вітчизняними та закордонними вченими, зокрема І. Бентам, В. Копейчиков, Т. Полякова, А. Мохонько, С. Бобровник, О. Богінич, В. Плавич, В. Стретович тощо. У публікаціях вказаних вчених розглядалися питання ефективності законодавства як умови демократичного розвитку суспільства, його вдосконалення тощо.

Формулювання мети статті. Виходячи з вищевикладеного, метою даної статті є аналіз необхідності, актуальності або потреби в дослідженні принципів законодавчої діяльності, які б відображали правові та демократичні цінності сучасності.

Виклад основного матеріалу. Демократія, як наголошує Т. Полякова, це передусім система ретельно підготовлених законів, що суворо дотримуються та регламентують усі сфери життя держави, гарантують права й обов'язки громадян. Влада за таких умов здатна виконувати системостворюючу роль у загальному механізмі управління на основі упорядкування зв'язків, удосконалення соціальних і політичних регуляторів¹.

Одним із найважливіших завдань, зв'язаних із формуванням правової держави та громадянського суспільства, слід розглядати розвиток і вдосконалення законодавства, формування, по суті, нової правової системи. Останнім часом прийнято чимало законодавчих актів, що створюють основи для подальшого розвитку нашої держави як демократичної, правової. У Конституції України одержали закріплення найважливіші принципи конституційного ладу нашої країни. Зроблено кроки у бік панування права і поділу влади, гарантування природних прав людини².

Беззаперечним є факт залежності політики від права, що при правильному розумінні цього сприятиме ефективності права та, відповідно, зміцненню демократичних засад суспільства.

У цьому контексті варто звернутися до аналізу взаємовпливу права та політики, проведеного А. Мохонько, яка зазначає, що право залежить від політики, оскільки:

- будь-які інтереси людей перед тим, як стати правом, мають бути опосередковані державною політикою (діяльністю законодавчих органів та інших правотворчих органів держави);
- політика у праві формується у вигляді формально закріплених прав та обов'язків. Політичні вимоги стають правом лише тією мірою, якою вони закріплені у системі загальнообов'язкових норм, що охороняються державою.

Політика також залежить від права, яке є засобом її виразу та реалізації.

Право впливає на політику таким чином:

- конституційно закріплює політичний лад суспільства, механізм дії політичної системи (поділ влади, політичний плюралізм, статус партій, виборче право тощо), політичні права і свободи громадян;
- робить легітимними політичні рішення і самі органи державної влади, які їх приймають, що забезпечує останнім підтримку з боку населення (у тому числі не допускає протидії владі у разі прийняття нею непопулярних рішень), визначає межі та можливості діяльності як опозиції, так і правлячих кіл;
- гарантує (охороняє і захищає) політичні права і свободи громадян, забезпечує механізм їх реалізації.

© Т.І. Биркович, О.С. Кабанець, 2020

* *Tetyana Byrkovych, Dr. hab. in Public Administration, Professor of Kyiv National University of Culture and Arts*

** *Oleksandr Kabanets, Ph.D. in Law, Associate Professor of Kyiv University of Culture*

Право виступає, таким чином, своєрідним індикатором зрілості політики того чи іншого класу, народу (нації), держави³.

Закон не повинен бути формальним, тобто об'єктивно обмеженим у своїх можливостях досягнення політичних цілей, як це було за радянської доби, коли право було підконтрольне політиці та інтересам влади. Зокрема, відповідно до Конституції СРСР 1977 р. такі конституційні права громадян, як право на участь в управлінні державними і суспільними справами (ст. 48), право на критику роботи державних органів і громадських організацій (ст. 49), право на оскарження дій посадових осіб, державних і громадських органів (ст. 58) та низка інших значною мірою мали декларативний характер у зв'язку з суттєвими обмеженнями у процесі реалізації⁴.

Разом зі здобуттям Україною незалежності очевидною була необхідність забезпечення авторитетності права та підвищення рівня його ефективності у процесі правореалізації⁵.

З огляду на вказане зупинимось на розумінні ефективності права, що виражається у його змістовному наповненні і характеризує право (законодавство) як демократичне і є тією правовою основою, яка зумовлює формування громадянського суспільства і правової держави.

У юридичній науці ефективність норм права визначається як співвідношення між фактичним результатом їх дії та тими соціальними цілями, для досягнення яких ці норми були прийняті⁶.

Деякі дослідники виходять з розуміння ефективності (від англ. effectiveness) «як міри досягнення проголошених цілей політики, що показує, наскільки результати наблизилися до задекларованих цілей». Автори пропонують цей термін розуміти як «результативність», що найближче відображає тлумачення цього поняття українською мовою «як міри, якою фактичні результати можуть наближатися до задекларованих цілей або завдань»⁷.

Нормативно-правові акти формулюють насамперед цілі, які стоять перед особою, суспільством, державою та впроваджуваною нею політикою. Вони свідомо визначаються людьми у процесі їх правотворчої діяльності. Ефективність цих процесів визначатиметься також рівнем врахування демократичних цінностей⁸. Як згадувалося у цьому дослідженні, серед таких цінностей є верховенство права, права і свободи людини тощо.

Тобто політика держави у сфері права безпосередньо залежить від якості прийнятих державою правових актів та їх дієвого й ефективного втілення у життя суспільства.

Окрім того, на нашу думку, демократія як явище з огляду на її ціннісно-правову спрямованість, на розуміння її як ідеального устрою державного і суспільного життя, що зумовлене правом, є частиною правової дійсності і потребує використання сучасних, оновлених методологічних засобів та принципів її дослідження⁹.

Як наголошується у науковій літературі, ґрунтуючись на принципі верховенства права та спрямованості діяльності держави на найвищу соціальну цінність – людину, пріоритетом має бути передусім соціальна ефективність, яка впливає із дії принципів верховенства права, демократизму, гуманізму. Саме ці принципи також мають наповнювати зміст правових норм, що є чи не найголовнішою передумовою їх ефективної дії¹⁰.

На переконання соціологів, головним критерієм встановлення міри соціальної ефективності права є реалізація природних прав людини та її вплив на соціальні відносини, в які людина включена. Це абсолютний критерій, всі інші, можливість яких не заперечується, є сходинками або конкретною трансформацією цього критерію і повинні, в свою чергу, зіставлятися з ним¹¹. З огляду на зазначений критерій стає очевидною кропітка праця над змістом усього законодавчого масиву, який би відображав природно-правову ідею та принцип верховенства права, узгодження методів правового регулювання із правовими цінностями¹².

Як влучно наголошують С. Бобровник та О. Богинич, нинішній розвиток Української державності визначає практичне завдання у прогнозуванні розвитку законодавства, підвищенні його соціальної ролі, зміцненні якості, ефективності, вдосконаленні його регулюючої ролі в розвитку суспільних відносин¹³. Слід наголосити, що вказане спрямовано, зокрема, на формування громадянського суспільства та правової держави, що відображатиме рівень демократичності процесів, які відбуваються.

І. Бентам писав, що якість законів залежить від їх відповідності загальному очікуванню, що має бути метою їх прийняття. У зв'язку з цим перераховуються необхідні умови для її досягнення, серед яких, зокрема, слід назвати такі, що особливо відображають демократичний характер: для впливу на очікування необхідно, щоб закон був усвідомлений як такий, що підлягає неодмінному виконанню. Якщо людина має намір ухилитися від закону, у неї створюються очікування, що суперечать йому, і закон стає безсилим та зберігає силу лише для покарання; ще одна умова для регулювання очікування полягає у тому, щоб закони розумілися буквально, що залежить як від самих законів, так і від суддів. Якщо закони не відповідають уявленням народу, або ж якщо закони варварських часів залишаються без змін у цивілізовані часи, то в такому випадку суди поступово відступають від старих принципів і непомітно замінюють їх новими. Внаслідок цього виникає боротьба між старими законами та новоприйнятими, і це призводить до послаблення впливу законів на суспільні сподівання¹⁴.

Останнє особливо наголошує на реальності того, що закони незалежної України, які зберігали свою силу ще з радянських часів, позбавляли ефективності, по суті, усе законодавство країни, яке мало було б стверджувати основні демократичні принципи у державі. І саме тому новий етап у розвитку незалежної демократичної України, який нині вона переживає, розпочався з кардинальних реформ у сфері законотворчості, виходячи з пріоритету прав людини та принципу верховенства права.

В. Копейчиков наголошує, що мета законів має виходити: з концепції розмежування права і закону, згідно з якою право може існувати і поза своєю інституційною формою (законодавством) у вигляді рівного і справедливого масштабу свободи, який відображається у правових принципах, суб'єктивних правах, конкретних правовідносинах тощо; з теорії правової держави і громадянського суспільства, згідно з якими домінуюче значення має громадянське суспільство – спільність рівних, вільних і незалежних осіб, які стосуються держави виступають громадянами¹⁵.

Як бачимо, зазначені принципи відображають у собі саме демократичні засади, які свідчать про те, що демократичність правотворчої діяльності породжуватиме, відповідно, аналогічний «продукт» – демократичне законодавство, яке, у свою чергу, безпосередньо сприятиме побудові демократичної та правової держави, в якій пануватиме верховенство права.

Існування законів, як наголошує В. Плавич, ще не свідчить про наявність законності та правопорядку в суспільстві. Тобто краще відсутність закону, аніж його неефективне існування та невиконання. Адже невиконання законів породжує неповагу до них, правовий нігілізм¹⁶.

Потреба у регулюванні всіх сфер суспільного життя, усіх без винятку правовідносин тягне за собою постійне збільшення кількості нормативних актів. Сфери, що раніше були урегульовані лише нормами відомчого законодавства, стають об'єктом регулювання актів вищої юридичної сили. Потребує удосконалення також і сама якість законів. Деякі з них не дають тих результатів, на які розраховував законодавець. Суттєву шкоду для підвищення якості законів спричиняє той факт, що багато з них містить чимало загальних положень та відсилочних норм. Це призводить до видання невиправданої кількості підзаконних актів. Для усунення подібних негативних явищ потребує чіткої регламентації механізм розробки, прийняття та опублікування закону, вивчення практики його застосування¹⁷.

Певною перешкодою, на нашу думку, на шляху до ефективності правотворчості і законодавства зокрема, є також те, що на законодавчому рівні ще не сформовано принципи, на яких має відбуватися увесь правотворчий процес. Сьогодні відсутній необхідний закон, що регулював би такий вид діяльності і визначав її принципи і засади.

С. Плавич наголошує на потребі у майбутньому продовжувати практику текстуального закріплення принципів у нормативно-правових актах, оскільки безпосереднє їх формулювання у нормативно-правовому акті сприяє більш досконалому та ефективному їх застосуванню і тлумаченню. Вони стають доступнішими й зрозумілішими для громадян. Також законодавче визначення таких принципів є вельми важливим з огляду на те, що їх недотримання може бути підставою для відхилення законопроекту або скасування нормативно-правового акта чи певних його положень, що не відповідають законодавчо закріпленним принципам цієї діяльності¹⁸.

Ми також підтримуємо необхідність законодавчого оформлення принципів законотворчості, що вказуватиме на певну їх відповідність чи невідповідність демократичним принципам та ознакам правової держави.

А. Заєць наголошує, що стан законодавства, рівень його досконалості – найбільш суттєва, основоположна складова його ефективності. Вчений з'ясовує основні його недоліки, які розподіляє на загальні, специфічні та такі, що належать до форми¹⁹.

Так, до загальних недоліків належать: неточне відображення у законодавстві умов суспільного регулювання стану суспільства (наявність невиправданих способів і методів правового регулювання, застосування зжитих себе правових форм), потреб правового опосередкування тих чи інших суспільних відносин тощо.

До специфічних недоліків вчений відносить: невідповідність правового регулювання існуючим у будь-якій галузі народного господарства умовам господарювання; відсутність реальних умов для виконання такого припису яким-небудь суб'єктом права; відсутність потреби у використанні наданих прав, недоцільність їх використання та ін.

А. Заєць називає такі недоліки, які належать до форми: формальне протиріччя приписів один одному; наявність колізій у законодавстві; малодоступність приписів для сприйняття (багатозначність термінів, можливість різноманітного тлумачення); їх громіздкість; розташування у різних нормативних актах приписів, що регулюють схожі питання (множинність однотипних актів) та ін.²⁰

Нерідко юридична практика проходить тривалий шлях спроб та помилок, необхідними є численні роз'яснення, перш ніж буде знайдено дійсний вираз волі законодавця, який нерідко є неточним та має незрозуміле формулювання.

Хоча за часів незалежної України зафіксовані досить сталі тенденції розвитку законодавства, усе ж вони супроводжуються руйнівними кризовими явищами, на фоні чого простежуються дефекти, недоліки сучасного вітчизняного законодавства. До таких належать: безсистемність розвитку законодавства, величезна кількість змін і доповнень до чинного законодавства, внутрішня суперечливість у регулюванні тих чи інших суспільних відносин, правова нерегульованість багатьох суспільних відносин, недостатня наукова обґрунтованість законодавчих актів, їх декларативність, відсутність у багатьох законодавчих актах механізмів їх реалізації²¹. З огляду на це, можна згадати декларативність чисельних положень щодо прав людини, відсутність механізму відповідальності держави та її органів перед особою тощо.

Йдеться передусім не лише про існування чи відсутність певних нормативно-правових актів з того чи іншого питання, а про їх якість і відповідність реальним умовам, а також основним демократичним принципам державного розвитку.

У зв'язку з проведенням радикальних соціально-економічних реформ з метою подолання системної кризи в Україні В. Стретович зазначає, що загальна логіка розвитку системи законодавства полягає в: а) оперативному реагуванні на всі зміни сфер та предметів правового регулювання; б) створенні доцільних концептуальних моделей розвитку національного законодавства з паралельною оцінкою результатів їх впровадження; в) постійному соціально-правовому моніторингу (відслідковуванні) застосування чинних правових актів та юридичних процедур²².

Важливим моментом є також систематичний аналіз ефективності чинного законодавства України. Для прикладу, у 2020 р. під головуванням першого заступника Голови Верховної Ради України Р. Стефанчука відбулися експертні обговорення щодо проведення оцінки ефективності застосування законодавства в Україні, основним завданням яких є вироблення ефективного механізму виявлення помилок і, що найбільш важливо ефективного механізму їх усунення. Перший заступник Голови Верховної Ради України Р. Стефанчук запропонував за результатами обговорень рекомендувати Комітету з питань Регламенту, депутатської етики та організації роботи Верховної Ради України, Голові підкомітету з питань регламенту Павлу Фролову та заступнику керівника Апарату Верховної Ради України – керівнику Головного юридичного управління М. Теплюку із залученням Офісу парламентської реформи напрацювати на основі представлених рекомендацій оптимальну для України модель оцінки ефективності застосування законодавства та відповідні методичні рекомендації і пропозиції щодо необхідних змін до законодавства²³.

Висновки. Отже, демократичний зміст законодавства впливає на рівень його ефективності та спрямований на: захист основних прав і свобод людини; забезпечення розвитку громадянського суспільства; врахування об'єктивних законів розвитку суспільства і держави, де людина визнається найвищою соціальною цінністю.

Досліджене вище вказує на нагальну потребу в розробленні принципів законодавчої діяльності, які б відображали правові, демократичні цінності. Серед них можна виокремити такі основні: визначальна роль прав і свобод людини і громадянина та їх гарантування державою; демократизм і соціальна спрямованість законодавчої діяльності; врахування громадської думки; принцип верховенства права; своєчасність, системність, прогнозованість та наукова обґрунтованість законодавчих рішень тощо.

¹ Полякова Т.М. Право и политика. *Спецкурс для студентов гуманитарных вузов* : учебно-метод. пособ. Майкоп : Изд-во Адыгейского гос. ун-та, 2001. С. 36.

² Оніщенко Н.М. До питання про розвиток демократичного права. *Держава і право* : зб. наук. пр. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2011. Вип. 51. С. 6, 130.

³ Мохонько А.В. Правові та політичні норми в системі соціального регулювання (теоретико-правові аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2012. С. 68–69.

⁴ Конституція СРСР від 07.10.1977 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0001400-77>

⁵ Мохонько А.В. Правові та політичні норми в системі соціального регулювання (теоретико-правові аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2012. С. 153.

⁶ Эффективность действия правовых норм / под ред. А.С. Пашкова, Л.С. Явича, Э.А. Фомина. Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1977. С. 31.

⁷ Эффективность государственного управления : монография / Ю.М. Бажал, О.И. Кілієвич, О.В. Мертенс та ін. ; за заг. ред. І.В. Розпутенка. Київ : К.І.С., 2002. С. 49–51.

⁸ Соціологія права : підруч. для студ. юрид. спец. вищих навч. закл. / М.І. Панов, Н.П. Осипова, Л.М. Герасіна та ін. ; за ред. Н.П. Осипової. Київ : Ін Юре, 2003. С. 45.

⁹ Биркович Т.І., Кабанець О.С. Методологія дослідження демократії як явища правової дійсності. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 1. С. 20.

¹⁰ Мохонько А.В. Правові та політичні норми в системі соціального регулювання (теоретико-правові аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2012. С. 157–158.

¹¹ Соціологія права : підруч. для студ. юрид. спец. вищих навч. закл. / М.І. Панов, Н.П. Осипова, Л.М. Герасіна та ін. ; за ред. Н.П. Осипової. Київ : Ін Юре, 2003. С. 46.

¹² Мохонько А.В. Правові та політичні норми в системі соціального регулювання (теоретико-правові аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2012. С. 157–159.

¹³ Бобровник С.В., Богинич О.Л. Система законодавства України: актуальні проблеми та перспективи розвитку. Київ : Наукова думка, 1994. С. 3.

¹⁴ Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. Москва : РОССПЭН, 1998. С. 372–380.

¹⁵ Загальна теорія держави і права : навч. посіб. / за ред. В.В. Копейчикова. Київ : Юрінком Інтер, 2000. С. 159.

¹⁶ Плавич С.В. Теоретико-методологічні засади правотворчості : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. С. 113.

¹⁷ Бигич О.Л. Порівняльне правознавство: природа та методологічне значення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2002. С. 146.

¹⁸ Плавич С.В. Теоретико-методологічні засади правотворчості : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. С. 115–116.

¹⁹ Заец А.П. Вопросы методики исследования эффективности республиканского законодательства. *Методологические проблемы юридической науки*. Киев : Наукова думка, 1990. С. 111–112.

²⁰ Там само. С. 113.

²¹ Перерва Ю. До питання про удосконалення методології законодавчого процесу. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 11. С. 75.

²² Стретович В. Правова система України: загальна характеристика сучасного етапу формування. *Право України*. 1998. № 2. С. 3–6.

²³ URL: <https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/193339.html>

Резюме

Биркович Т.І., Кабанець О.С. Ефективне законодавство як умова демократичного розвитку суспільства.

Стаття присвячена аналізу ефективності законодавства в сучасному світі як обов'язковій умові демократичного розвитку суспільства. При написанні статті проаналізовано завдання, які безпосередньо зв'язані з формуванням правової держави, громадянського суспільства та правової системи. Проаналізовано ефективність норм права як складової формування громадянського суспільства і правової держави. Також досліджено принципи, що відображають демократичні засади, які свідчать про те, що демократичність правотворчої діяльності породжуватиме, відповідно, демократичне законодавство.

Ключові слова: демократія, законодавство, ефективне законодавство, закон, демократичні засади, демократичність, демократичний зміст.

Резюме

Биркович Т.И., Кабанец А.С. Эффективное законодательство как условие демократического развития общества.

Статья посвящена анализу эффективности законодательства в современном мире как обязательному условию демократического развития общества. При написании статьи проанализированы задачи, которые непосредственно связаны с формированием правового государства, гражданского общества и правовой системы. Проанализирована эффективность норм права как составная формирования гражданского общества и правового государства. Также исследованы принципы, которые отражают демократические принципы и свидетельствуют о том, что демократичность правотворческой деятельности порождает, соответственно, демократическое законодательство.

Ключевые слова: демократия, законодательство, эффективное законодательство, закон, демократические принципы, демократичность, демократическое содержание.

Summary

Tetyana Byrkovych, Oleksandr Kabanets. Effective legislation as a prerequisite for the democratic development of society.

The development and improvement of legislation and, in fact, the formation of a new legal system should be considered as one of the most important tasks related to the formation of the rule of law and civil society. Recently, many legislative acts, creating the basis for the further development of our state as a democratic one with the rule of law, have been adopted. The Constitution of Ukraine has enshrined the most important principles of the constitutional order of Ukraine. Some steps have been taken towards the rule of law and separation of powers, ensuring natural human rights.

The purpose of this article is to analyze the need, relevance or requirement to study the principles of legislative activity, which would reflect the legal and democratic values of today.

The article covers the analysis of the legislation effectiveness in the modern world as a prerequisite for the democratic development of society. In writing the article, the tasks directly related to the formation of the rule of law, civil society and legal system have been analyzed. The effectiveness of legal norms as a component of the formation of civil society and the rule of law has been analyzed. The principles that reflect democratic foundations, indicating that democratic law-making will accordingly generate democratic legislation, have also been studied.

The democratic content of legislation affects the level of its effectiveness and is aimed at protecting fundamental human rights and freedoms; ensuring the development of civil society; taking into account the objective laws of the development of society and the state, where a human being is recognized as the highest social value.

The above indicates the urgent need to develop the principles of legislative activities that would reflect the legal and democratic values. Among them, the main ones are the following: the determining role of human and civil rights and freedoms and their ensuring by the state; democracy and social orientation of legislative activities; taking into account public opinion; the principle of the rule of law; timeliness, systematicity, predictability and scientific validity of legislative decisions, etc.

Key words: democracy, legislation, effective legislation, law, democratic principles, democracy, democratic content.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.05

УДК 342.2 + 341.231.14

Д.О. БОБРОВНИК

Денис Олександрович Бобровник, кандидат економічних наук, здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України*

ORCID: 0000-0002-1142-6926

ГЛОБАЛІСТСЬКИЙ ПОТЕНЦІАЛ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ, РОЗУМІННЯ ТА МОЖЛИВОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ

Безпосередній та опосередкований, перманентний у часі, багатофакторний та багатоаспектний вплив всіх форм глобалізації – економічної, політичної, правової на всі рівні публічної влади в національній державі, зумовив такий вплив і на фізичних осіб, які знаходяться на її території, насамперед на рівні локального

© Д.О. Бобровник, 2020

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

соціуму – в рамках відповідних територіальних спільнот – територіальних громад (далі – ТГ), що функціонують на рівні місцевого самоврядування (далі – МСВ), в умовах повсякденності.

Отже, МСВ та ТГ, по-перше, виступають безпосереднім суб'єктом-об'єктом глобалізації, бо саме на них розповсюджується вплив її чинників та видових блоків (економічна, політична, правова тощо), а також, по-друге, вони виступають кінцевим споживачем її благ – бенефіціарами, і безпосереднім або опосередкованим об'єктом її негативних явищ (світова, регіональна і внутрішньодержавна економічна криза внаслідок пандемії COVID-19 та пов'язані з нею зростання безробіття, закриття підприємств, затримання у виплаті заробітної плати, пенсій та інших соціальних виплат, секвестри соціальних статей державного і місцевих бюджетів тощо); крім того, по-третє, у застосуванні безпосередньо до локального життя саме вони виступають і відповідним користувачем, продуцентом, а також репродуцентом її досягнень, активно використовуючи їх для організації свого життєвого циклу або опираючись впливу глобальних чинників на своє повсякденне життя.

Звідси, визначення, розуміння глобалістського потенціалу ТГ, а також окреслення відповідних напрямів його реалізації на рівні державно організованого соціуму, є важливою теоретико-доктринальною і праксеологічною проблемою, причому не тільки конституційного і муніципального права, а й інших галузей національного права України, враховуючи багатоаспектний, поліпредметний і полісуб'єктний, а також багаторівневий контекст такого потенціалу.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Як зазначалось, феноменологія глобалізації є досить складною, багатофакторною і поліпредметною, звідси це обґрунтовує той факт, що вона виступає предметом багаторічних і багатоаспектних концептуально-методологічних та практичних дискусій у науковому світі. Причому такий стан справ детермінується низкою причин, серед яких:

- а) наявність полісемічності (багатозначності) і полісемантичності (багатозмістовності) терміна «глобальний»;
- б) різний і суперечливий етимологічний рівень навантаження термінопоняття «глобалізація»;
- в) наявність різних доктринально-дефінітивних поглядів на глобалізацію, що спираються на наведені вище причини та, зазвичай, витікають з такого стану справ, що мають суб'єктивний характер і стохастичну характерологію в науці;
- г) виникненням не передбачених наслідків різних форм глобалізації, що з'являються в результаті практичної діяльності її суб'єктів – транснаціональних корпорацій, держав, міжнародної спільноти, народів і фізичних осіб, наприклад, у сфері екологічної безпеки, превенції техногенних катастроф тощо.

Разом із тим необхідно зазначити, що вирішенню вказаної проблеми, особливо в контексті її нормативно-правового регулювання, супроводження і забезпечення, а також державного управління, присвятили свої роботи такі вітчизняні вчені, як В. Авер'янов, Ю. Бажал, В. Бакуменко, М. Вавринчук, Р. Войтович, Н. Гнидюк, Я. Гонцяж, І. Грицяк, О. Дьомін, С. Дубенко, Н. Нижник, Ю. Кальниш, В. Князев, В. Копейчиков, С. Коник, О. Кілієвич, В. Лемак, Е. Марчук, В. Мельниченко, І. Надольний, О. Оболенський, В. Олуйко, Н. Плахотнюк, І. Радзівський, Я. Радиш, І. Розпутенко, В. Ребало, В. Саламатов, Г. Ситник, Ю. Сурмін, С. Сьомін, В. Токовенко, В. Тимцуник, В. Яцуба, Ю. Єхануров, В. Цветков та ін. Спектр проблемних питань у контексті адміністративного реформування, досліджуваних вітчизняними вченими, досить широкий. Це, зокрема, розробка вихідних засад, зв'язаних із здійсненням адміністративної реформи (В. Бакуменко, В. Князев, Л. Гогіна, І. Козюра); порівняльний аналіз адміністративних реформ зарубіжних країн та проблеми децентралізації (І. Василенко, І. Грицяк, А. Лелеченко, В. Лемак, Н. Нижник, Л. Сморгун, Є. Уткін); історичні та філософські засади розуміння, адаптації й прогнозування процесів глобалізації у контексті їх впливу на адміністративну реформу та систему державного управління загалом (О. Білорус, Є. Буравльов, В. Воротін, Р. Войтович, В. Гельбрас, Є. Маруняк, І. Надольний, І. Радзівський, Н. Симонія, Г. Ситник); проблеми кадрового забезпечення (В. Олуйко, С. Серьогін). У цьому ж контексті останнім часом досить часто досліджуються проблеми взаємозв'язку глобалізації, стійкого розвитку як окремих країн, так і світової спільноти загалом, а також забезпечення національної безпеки (Н. Жирнов, Г. Ситник, С. Сьомін та ін.). Серед зарубіжних науковців вказану проблематику досліджували: Г. Атаманчук, А. Волков, А. Вільсон, В. Іноземцев, Т. К'юзо, В. Лобанов, В. Лескін, С. Лугвін, А. Мотиль, Л. Сморгун, Ю. Тихомиров, А. Швецов, А. Коньков та ін. Особливий інтерес становлять праці зарубіжних вчених Р. Джейн, В. Іванова, Дж. Олсена, Дж. Сороса, Дж. Стігліца, А. Уткіна щодо інноваційних соціальних технологій державного управління, сутності, тенденцій, наслідків глобалізації та її впливу на систему державного управління і в більш широкому аспекті – управління публічного, національні політичні інститути, а також на державний суверенітет.

Важливим сегментом досліджуваної проблематики виступають праці вчених, які досліджують питання в системі координат «локальне /глобальне», що досить детально висвітлює роль і значення МСВ та ТГ у зазначених процесах, включаючи і її управлінський аспект. Отже, проблемні питання реформування системи державного та глобального, державного і локального управління досліджувалися як вітчизняними, так і зарубіжними вченими. У цілому ж як в Україні, так і за кордоном у дослідженнях проблеми вдосконалення системи державного і глобального управління шляхом здійснення конституційної, а також адміністративної та муніципальної реформ, що є складовими частинами реформи конституційної, – головна увага приділяється інституційним та організаційно-правовим засадам цього процесу. Своєю чергою, проблеми взаємодії «людини глобальної» і глобального суспільства, включаючи і проблематику глобалістського потенціалу МСВ і ТГ, розглядаються в роботах М. Баймуратова, О. Батанова, Є. Васильєва, О. Кравця, В. Могілевського,

В. Воронкової, Н. Ващекіна, О. Грецової, І. Лукашука, М. Кастельса, Т. Макогон, А. Тоффлера, Р. Войтович, Ю. Павленко, Е. Кочетова та низки інших авторів.

Але незважаючи на усвідомлення науковцями необхідності вирішення проблеми вдосконалення державного управління в контексті появи та зростання глобалістського потенціалу МСВ та ТГ шляхом реформування локального, регіонального, державного, глобального рівнів управління, до цього часу існує певна неоднозначність розуміння як самої феноменології глобалістського потенціалу МСВ та ТГ, а також розуміння його сутності та визначення можливих напрямів його реалізації ТГ.

Тому **метою цієї статті** є дослідження актуальних питань визначення, розуміння та напрямів можливої реалізації глобалістського потенціалу територіальної громади.

Виклад основного матеріалу. Вважаємо за необхідне насамперед на дефінітивному рівні визначити складну системно-комплексну феноменологію глобалістського потенціалу територіальної громади, що одночасно має відношення до внутрішньодержавного – муніципального права і систем загального міжнародного права і міжнародних відносин, і яка до сьогодні ще не знайшла свого належного відображення в науці муніципального і міжнародного права, хоча деякі вітчизняні і зарубіжні вчені – муніципалісти та фахівці-міжнародники торкалися цієї проблематики зі спробами акцентувати увагу на цьому феномені (явищі), що носить переважно оціночний характер. До першої групи належать представники національної школи муніципального права під керівництвом професора М. Баймуратова – його праці, а також наукові розробки його учнів, зокрема докторів юридичних наук, професорів Б. Бабіна, О. Батанова, Ю. Волошина, Б. Кофмана, Є. Львової, Х. Приходько, І. Сліденка, кандидатів юридичних наук – М. Аббаса, Є. О. Васильєва, Є. Василькової, І. Балабанової, О. Кравця, В. Могілевського, аспірантів М. Баймуратова, Д. Мартиновського та ін. заклали доктринальну базу під розумінням ролі і впливу ТГ та інституту МСВ у процесах становлення й розвитку демократичної правової державності, а також набуття ними міжнародної правосуб'єктності через визначення міжнародних правових стандартів функціонування МСВ та ТГ, набуття вказаними суб'єктами відповідного обсягу міжнародної правосуб'єктності. Серед наукових праць фахівців-міжнародників у дослідженні міжнародної правосуб'єктності МСВ, його суб'єктів, насамперед – ТГ, та органів МСВ, що проводились у контексті вивчення загальних теоретичних питань міжнародної правосуб'єктності, треба назвати праці таких вітчизняних та зарубіжних вчених, як: М. Буроменський, Г. Вельямінов, К. Бекашев, П. Бірюков, М. Баймуратов, Г. Ігнатенко, Л. Моджорян, О. Тарасов, Г. Тункін, Д. Анцілотті, А. Фердросс, М. Шоу (до речі, останній акцентує увагу і визначає роль муніципального права в становленні й розвитку міжнародного права, спираючись на дихотомію «локальне/глобальне», а також виокремлює та визначає міжнародне муніципальне право¹⁾ та ін.

Отже, виходячи з наведеного, треба проаналізувати терміносистему «глобалістський потенціал ТГ» на її семантично-етимологічну змістовність. Опорним терміном у ній виступає термін «потенціал», що згідно з Академічним тлумачним словником української мови²⁾ означає сукупність усіх наявних засобів, можливостей, продуктивних сил і т. ін., що можуть бути використані в якій-небудь галузі, ділянці, сфері.

Якісною характерологією досліджуваної терміносистеми виступає прикметник «глобалістський», що вказує на пошук потенціалу в сфері глобалізації. Визначаючи глобалізацію як процес всевітньої економічної, політичної та культурної інтеграції й уніфікації³⁾, ми можемо зазначити, що досліджувана терміносистема скерована на визначення і розуміння потенціалу, який може бути запозичений у глобалізації, її складових (видових) чинників та сфер впливу, що розповсюджуються на основоположні завдання і функції національної державності, повсякденне життя і буття народів національних держав та діяльність міжнародної спільноти держав через їх модифікацію, трансформацію й модернізацію.

Поняття ТГ в досліджуваній терміносистемі, на перший погляд, носить алогічний характер, враховуючи різнорівневість понять та їх гадану логічну несумісність, але визначаючи ТГ як аналог локальної територіальної спільноти людей, що «об'єднані міжособистісними територіальними зв'язками системного характеру»⁴⁾, ми доходимо розуміння ТГ як «місцевого співтовариства», яке, на думку М. Баймуратова, виявляється багатостороннім та багаторівневим феноменом, що:

а) базується та об'єднується територією постійного або переважного проживання фізичних осіб (територіальна ознака. – Авт.);

б) є відкритою соціальною системою, в якій виникають, продукуються та реалізуються екзистенційні тактичні і стратегічні інтереси членів такого локального соціуму (соціальна ознака. – Авт.);

в) здатний як суб'єкт державного, регіонального, локального, міжколективного, міжособистісного управління до самодіяльності, самокорекції, самоврядування, самозбереження і розвитку (самоврядна ознака. – Авт.);

г) має за мету поліпшення якості життя людини (гуманістична ознака. – Авт.);

г) виступає як первинна ланка соціальної системи⁵⁾ (первинно-стрижнева ознака. – Авт.).

Слід додати, враховуючи устремління і реальне тяжіння ТГ до інтерсуб'єктивності, її можливості до об'єднання, – з метою задоволення своїх інтересів та інтересів своїх членів-жителів до вступу у співробітництво з іншими суб'єктами соціального і державного життя, що функціонують на більш високих рівнях і шаблях соціуму – регіонального, державного, макрорегіонального, міжнародного, універсально-глобального (інтеграційна ознака. – Авт.). Тобто, виходячи саме з таких наведених системно-комплексних характеристик, приходить розуміння того, що така ТГ реально виступає об'єктом впливу з боку глобалізації та її складових і впливу суттєвого, але, по-перше, не стільки пасивного, деякою мірою сегрегаційно-профільного, скільки, по-друге, зворотно-активного, і теж сегрегаційно-профільного впливу.

Отже, виходячи з урахування наведеного вище, визначаючи саме глобалістський потенціал територіальної громади, треба зазначити, що в його основі лежать знання, вміння та навички її членів-жителів, а також сформованих нею органів місцевого самоврядування (представницьких і виконавчих), включаючи всі інші органи та суб'єкти системи місцевого самоврядування – щодо захисту екзистенційних настанов існування, функціонування та розвитку ТГ в умовах глобальних впливів та змін, враховуючи її власні індивідуальні, а також групові та колективні коопераційні можливості як на рівні власної держави, так і за кордоном, з метою захисту свого локального простору життєдіяльності, історико-географічної ідентичності, настанов індивідуального та колективного менталітету, відповідних сталих форм соціального життя і соціальної практики, що засновані на відповідних морально-етичних цінностях ТГ.

Використовуючи системно-інтегративний метод до розуміння феноменальних явищ, можна зазначити, що в наведеному нами авторському розумінні «глобалістського потенціалу територіальної громади» лежать наступні критерії:

а) *технологічно-проспективний* – знання, вміння та навички членів-жителів ТГ, що скеровані на вирішення відповідної технологічної задачі профільного характеру – постійної і системної взаємодії з глобальними чинниками та їх впливом;

б) *суб'єктний* – до профільного потенціалу ТГ, крім неї самої, в обов'язковому порядку повинні бути включені органи місцевого самоврядування (представницькі і виконавчі), що сформовані нею та діють від її імені та в її інтересах, а також всі інші органи та суб'єкти системи МСВ, що у своїй сукупності становлять систему МСВ, на яку здійснюються перманентні глобальні впливи;

в) *телеологічний* – основною телеологічною домінантою у застосуванні і використанні глобального досвіду та впливів чинників глобалізації виступає об'єктивний захист екзистенційних настанов існування, функціонування та розвитку ТГ в умовах перманентних глобальних впливів та змін;

г) *функціональний* – він демонструє саме те, що може запропонувати ТГ та система МСВ глобалізації, впливу її чинників та змінам, що вони несуть, а саме: багатопланове, багатифакторне, багаторівневе, поліп-редметне, полісуб'єктне *співробітництво*, – з урахуванням власних індивідуальних, а також групових та колективних коопераційних можливостей самої ТГ та її членів-жителів, причому як на рівні власної держави, так і за кордоном;

г) *предметно-об'єктний* – сутність наведеного співробітництва, що пропонується ТГ та системою МСВ на системно-комплексному рівні, виступає захист локального простору життєдіяльності ТГ, її історико-географічної ідентичності, настанов її індивідуального та колективного менталітету, відповідних сталих форм її соціального життя і соціальної практики, що засновані на відповідних морально-етичних цінностях ТГ.

Отже, можна зазначити, що змістовне наповнення «глобалістського потенціалу ТГ» містить у собі:

а) відповідну парадигму дій ТГ та інших суб'єктів системи МСВ, що функціонують з ними в рамках єдиного соціального і нормативно-правового простору (діяльнісно-просторова ознака. – Авт.);

б) така парадигма характеризується синергетичною взаємодією названих суб'єктів у реалізації загальних задач (функціонально-синергетична ознака. – Авт.);

в) метою такої парадигми дій є взаємодія з чинниками глобалізації та її впливом, що проявляється на локальному рівні соціуму (телеологічна ознака. – Авт.);

г) така парадигма може бути охарактеризованою, спочатку як комплексна, а потім – і як системна сукупність діяльнісно-поведінкових настанов суб'єктів, що наведені, причому як щодо запозичення на рівень ТГ позитивних впливів глобальних чинників, так і щодо спротиву їх негативної дії (впливу) на ТГ (поведінково-комплексна ознака. – Авт.);

г) здійснюючи таку парадигму дій, ТГ та інші суб'єкти системи МСВ використовують відповідні поведінкові настанови організаційної, організаційно-правової, колабораційної, інтеграційної властивості – в ординарних умовах взаємодії з чинниками глобалізації та їх впливами; у випадках екстраординарних умов взаємодії – використовується весь потенціал поведінкових настанов наведених суб'єктів, включаючи настанови антикорупційного, антикризового, санакційного, антиконфліктогенного, безпекового, медіативного, а також за допомогою держави – санкційного характеру та ін.

Виходячи з наведеного, можна визначити види факторів впливів глобалізації на саму ТГ та систему МСВ, а також напрями діяльності зазначених суб'єктів щодо їх реалізації в повсякденному житті територіальної спільноти людей в умовах профільних впливів, що мають інтеграційну та уніфікаційну складову.

Отже, у заявленому переліку видів глобалізаційних впливів можна визначити наступні:

– *онтологічний фактор* – він містить глибоке та однозначне визнання того, що такі глобалізаційні впливи на ТГ існують і є важливими для її стабільного існування та функціонування, бо без їх врахування й модифікації поведінки згідно з їх настановами цього не відбудеться. Отже, виникає усвідомлення їх об'єктивного існування, об'єктивна потреба врахування таких впливів та скерування діяльності ТГ відповідно до його складових. Звідси включається механізм сепараційного відбору складових такого впливу (насамперед економічних, соціальних, культурологічних тощо), що зорієнтовані на користь ТГ та її жителів-членів;

– *ідеологічний фактор* – містить у собі розуміння існування організованої у систему сукупності ідей про феноменологію глобалізації, її види, наявності і характеристику її впливів як на національну державність, так і на кожну людину. Цінністю наявності таких ідей є те, що вони не є абстрактними, а існують у вигляді відповідних філософських концепцій, форм соціально-економічних моделей, настанов, гасел, програмних документів політичних партій і соціальних рухів тощо, що допомагають членам ТГ, їх представни-

кам в ОМСВ розуміти сутність глобалізаційних процесів, оцінювати серйозність їх впливів на людські спільноти та їх членів і будувати своє майбутнє у кореляції з глобалізаційними впливами;

– *аксіологічний фактор* – цей фактор базується на ціннісному вимірюванні глобалізаційних процесів та пристосуванні їх позитиву до повсякденного існування ТГ. Наприклад, такі цінності, як права людини, верховенства закону, пріоритет прав людини перед правами держави, демократична державність, що, безумовно, виступають як національні конституційні цінності держав-членів міжнародної спільноти, є й універсальними цінностями, які несе в собі глобалізація. Більш того, такі цінності стають універсальними для всіх держав світу через перманентний вплив на їх діяльність демократичних тенденцій, вони підкріплюються не тільки ідеологічними, а й економічними і культурологічними настановами функціонування міжнародної спільноти держав. ТГ у цьому випадку виступають безпосередніми бенефіціарами і споживачами таких цінностей, що стабілізують повсякденне життя та формалізують його життєві форми на основі наведених цінностей. Саме це надає жителям-членам ТГ впевненість у сталості форм життєдіяльності та подальшому існуванні системи комунікативної взаємодії, що виступає основоположною базою існування територіальної людської спільноти;

– *інформаційний фактор* – він базується на існуванні інформаційного потенціалу соціуму⁶ – як сукупності інформаційних можливостей, ресурсів, наявних в соціальних інститутах, соціальної діяльності, соціальних відносинах, в соціальному досвіді індивідів, що дають змогу сформулювати знання, навички, вміння певної спрямованості: гуманітарні, технічні, природничі та ін. Отже, скерований на отримання інформації про глобалізацію, її настанови і прояви, про її вплив, а також осмислення отриманої інформації, такий потенціал, яким володіє ТГ у колективній, груповій та індивідуальній свідомості, а також ОМСВ, виступає не тільки особливо значимим, по-перше, для загальної соціалізації особистості, її груп і асоціацій, а й для соціалізації профільного характеру, бо надає можливість жителям-членам ТГ орієнтуватися у процесах глобалізації, що відбуваються у вигляді відповідного впливу на локальному рівні соціуму; а, по-друге, для діяльності ОМСВ, що мають змогу на основі отриманої інформації моделювати відповідні сценарії місцевого розвитку та модифікувати свою діяльність відповідно до факторів відповідних впливів глобалізації;

– *предметно-об’єктний фактор* – він володіє достатньо великим творчим потенціалом, адже заснований на вмінні ОМСВ, ТГ та їх жителів-членів визначати і оцінювати предметно-об’єктні фактори глобалізації і пристосовувати їх до локального життя на рівні ТГ – наприклад, економічні вигоди від розвитку зовнішньоекономічних відносин між державами на рівні ТГ можуть бути використані для запозичення нових інтеграційних можливостей ОМСВ в контексті розширення локальної системи зовнішньоекономічної діяльності з метою залучення нових учасників як зі свого боку, так і іноземних, що знаходяться на різних рівнях кооперації; для розширення асортименту товарів і послуг, які надаються в ТГ; для запозичення нових форм діяльності з декретованим складом ТГ (діти, жінки, літні люди, інваліди) тощо;

– *суб’єктний фактор* – демонструє широке коло неперсоніфікованих суб’єктів (фізичні особи без врахування їх правового стану – патриди, іноземні громадяни, апатриди, біженці, трудящі-мігранти та члени їх родин, переміщені особи тощо, які законно знаходяться на території патримоніальної держави та постійно проживають на території відповідної ТГ; юридичні особи різних форм власності, відповідно до цивільного та господарського законодавства патримоніальної держави, та різної національності, згідно з міжнародним приватним правом, що є визнаними такими відповідно до законів патримоніальної держави, та які функціонують на території ТГ або на території цієї держави; місцеві органи виконавчої влади та ОМСВ; представництва міжнародних міжурядових та неурядових організацій, що розташовані на території відповідної ТГ тощо), що: а) задіяні в створенні локальної системи життєзабезпечення ТГ; б) відчують на собі дію глобальних чинників та їх впливів; в) беруть участь в процесі взаємодії з такими чинниками і впливами; г) визначають позитивні та негативні риси таких чинників і впливів на себе; г) діють згідно з настановами таких чинників і впливів, відповідно модифікуючи свою поведінку та реалізуючи свої поведінкові настанови; д) розробляючи, фіксуючи, легалізуючи і легітимуючи такі поведінкові настанови для їх використання в перспективі, враховуючи їх позитивний потенціал, або акцентуючи увагу на їх негативному потенціалі для превенції їх невиконання в майбутньому;

– *праксеологічний фактор* – ідентифікується через розробку та використання відповідних дій практичної спрямованості, що базуються на основі знань, вмінь та навичок жителів-членів ТГ та праксеологічних форм діяльності ОМСВ, включаючи їх організаційну та організаційно-правову діяльність в різних сферах суспільного життя, включаючи і місцеве господарство, що скеровані на реалізацію викликів глобальних чинників та їх впливу;

– *нормативний фактор* – базується на нормопроектній та нормотворчій діяльності ОМСВ, що діють від імені ТГ та представляють її інтереси, та скерований на нормативізацію і нормування соціальних відносин, що виникають у зв’язку з необхідністю вирішення питань впливу глобалізаційних чинників на існування й функціонування ТГ (міграційні питання, питання боротьби з безробіттям, з пандеміями інфекційних захворювань, реалізація прав і свобод людини (особистості) в межах ТГ тощо);

– *нарративний фактор* – базується на феноменології наративу (англ. і фр. narrative – оповідь, від лат. narrare – розповідати, пояснювати)⁷ як сукупності зв’язаних між собою реальних чи вигаданих подій, фактів або вражень, які становлять сприйняття і розуміння чинників глобалізації та її можливих або удаваних впливів на ТГ. Отже, виникає відповідний масив знань профільного спрямування, що носить важливий характер для рівня індивідуальної, групової або колективної свідомості жителів-членів ТГ. Наративний фактор також

містить у собі деякі важливі технологічні моменти – тут виникає необхідність формування процесу повідомлення такої інформації, що містить профільний масив, для інших членів ТГ (нарація) і формування методу впорядкування цього дискурсу через вироблення послідовних явищ або образів про глобалізацію та її впливи. Тобто спочатку має місце продукування наративу (первинне розповсюдження), а потім репродукування (вторинне розповсюдження). Цей фактор безпосередньо зв'язаним з інформаційним (сутність), предметним (об'єкти), суб'єктивним (особи) та аксіологічним (цінності) факторами;

– *конотаційний фактор* – базується на розумінні терміна «конотація» (пізньолат. *connotatio*, від лат. *con* – разом і *noto* – наголошую, позначаю) – як супутнього значення мовної одиниці⁸. Особливістю цього терміна є його зростаюча змістовність, бо конотація включає додаткові семантичні або стилістичні функції, що стійко зв'язані з основним значенням у свідомості носіїв мови. Отже, сама конотація призначена для вираження емоційних або оціночних відтінків висловлювання і відображає культурні традиції суспільства. Конотації є різновидом прагматичної інформації, що відбиває не самі предмети і явища, а певне ставлення до них. Звідси, територіальна спільнота та її жителі-члени, що в своїй сукупності містить велику кількість індивідуумів, які зв'язані між собою і мовними ознаками, мають не тільки уявлення про глобалізацію та її впливи на ТГ, а й завдяки конотаційному дискурсу отримують для наведених явищ більш глибоку значущість та більш широкі характерологічні індикатори. Тому таке конотаційне відображення предмета дослідження характеризується більш широкою і доступною змістовністю, а також, як результат, більш високим рівнем обізнаності та підвищенням праксеологічного спрямування останньої. Саме це створює широке коло можливостей для ТГ та її членів діяти відповідним чином в умовах впливів глобалізації, обираючи, сепаруючи та реалізуючи відповідні поведінкові настанови;

– *синергічний фактор* – він формується на основі принципу інтерсуб'єктивності, що демонструють ТГ в своєму устремлінні та тяжінні до об'єднання всіх її членів та суб'єктів системи МСВ, з метою виконання екзистенційних задач, що стоять перед територіальною людською спільнотою – існування, функціонування, виживання, розвиток, які в умовах дії чинників глобалізації та їх впливів можуть бути під загрозою як існування, так і реалізації Звідси виникає об'єктивна необхідність в об'єднанні колективних зусиль наведених суб'єктів для опору негативним тенденціям глобалізаційних впливів;

– *гуманістичний фактор* – в основі його виникнення та прояву лежать права і свободи людини, виникнення яких детермінується локальним життям людей в умовах повсякденності та об'єктивною необхідністю здійснювати типізовані й стереотипні життєві форми з метою виконання відповідних рольових позицій (член родини, платник податків, член трудового колективу, пенсіонер тощо) в процесі здійснення свого життєвого циклу. ТГ та ОМСВ під час впливу на них глобалізаційних факторів намагаються зберегти такі форми життя та рольові позиції людей, бо вони зарекомендували себе як ідеальні засоби реалізації як життєвого циклу людини, так і організації комунікативної взаємодії людей у межах ТГ та в умовах МСВ;

– *гуманітарний фактор* – він має важливий оціночний характер, оскільки саме через нього та з його допомогою люди-члени ТГ та ОМСВ оцінюють корисний або шкідливий характер дії чинників глобалізації та її впливів на ТГ, покладаючи в основу такої оцінки їх користь чи шкідливість для конкретної людини, а також ступінь загрози для її стабільного, сталого й оптимального існування і функціонування;

– *повсякденно-діяльнісний фактор* – його формування зв'язане зі станом повсякденності, в процесі протікання якої люди – члени ТГ здійснюють відповідні дії, що у їх сукупності становлять відповідну форму їх поведінки в локальному соціумі. При наявності дії чинників глобалізації та її впливів на ТГ люди повинні враховувати наявність таких факторів та модифікувати свої дії й поведінку відповідно до їх існування, скеровуючи їх дію або на користь собі чи іншим членам ТГ або спробувати їх нівелювати в разі можливої наявності в них негативного потенціалу. Критерієм оцінки такого фактору буде повсякденна соціальна практика кожного з членів ТГ, їх груп, асоціацій, усієї ТГ;

– *просторовий фактор* – він також відіграє важливу роль і має значення у врахуванні дії чинників глобалізації та її впливів на ТГ – враховуючи безмежно-просторовий характер дії чинників та впливів глобалізації вельми важко визначити такий фактор стосовно саме ТГ, але, вважаємо, що це можна зробити, акцентуючи увагу на території, на якій існує та функціонує ТГ, тобто в межах однієї або декількох (при наявності об'єднаних ТГ) адміністративно-територіальних одиниць держави;

– *темпоральний фактор* – також виступає важливим засобом оцінки дії чинників глобалізації та її впливів на ТГ, бо такий вплив у часі характеризується активністю дії таких чинників та впливів, або їх послабленням, або їх нейтралізацією та виникненням нових впливів. Разом із тим завдяки такому фактору завжди можна оцінити ефективність такого впливу та його конкретні результати через аналіз існування і розвитку ТГ в умовах їх існування та дії.

Висновки. Резюмуючи наведені положення, можна зробити наступні висновки:

– місцеве самоврядування та територіальна громада, по-перше, виступають безпосереднім суб'єктом-об'єктом глобалізації, бо саме на них розповсюджується вплив її чинників та видових блоків (економічна, політична, правова тощо), а також, по-друге, вони виступають кінцевим споживачем її благ – бенефіціарами, і безпосереднім або опосередкованим об'єктом її негативних явищ (світова, регіональна і внутрішньодержавна економічна криза внаслідок пандемії COVID-19, та зв'язані з нею зростання безробіття, закриття підприємств, затримання у виплаті заробітної плати, пенсій та інших соціальних виплат, секвестри соціальних статей державного і місцевих бюджетів тощо); крім того, по-третє, у застосуванні безпосередньо до локального життя саме вони виступають і відповідним користувачем, продуцентом, а також репродуцентом її

досягнень, активно використовуючи їх для організації свого життєвого циклу або опираючись впливу глобальних чинників на своє повсякденне життя;

– визначення складної системно-комплексної феноменології глобалістського потенціалу територіальної громади, зв'язане з тим, що вона, по-перше, одночасно має відношення до внутрішньодержавного – муніципального і конституційного права, а також систем загального міжнародного права і міжнародних відносин; по-друге, вона до сьогодні ще не знайшла свого належного відображення в науці муніципального і міжнародного права, хоча деякі вітчизняні і зарубіжні вчені – муніципалісти і фахівці-міжнародники торкалися цієї проблематики зі спробами акцентувати увагу на цьому феномені (явищі), що носить переважно оціночний характер;

– визначаючи глобалістський потенціал територіальної громади, треба розуміти, що в його основі лежать знання, вміння та навички її членів-жителів, а також сформованих нею органів місцевого самоврядування (представницьких і виконавчих), включаючи всі інші органи та суб'єкти системи місцевого самоврядування – щодо захисту екзистенційних настанов існування, функціонування та розвитку ТГ в умовах глобальних впливів та змін, враховуючи її власні індивідуальні, а також групові й колективні коопераційні можливості як на рівні власної держави, так і за кордоном, з метою захисту свого локального простору життєдіяльності, історико-географічної ідентичності, настанов індивідуального та колективного менталітету, відповідних сталих форм соціального життя і соціальної практики, що засновані на відповідних морально-етичних цінностях ТГ;

– в наведеному нами авторському розумінні «глобалістського потенціалу територіальної громади» лежать наступні критерії: а) *технологічно-проспективний* – знання, вміння та навички членів-жителів ТГ, що скеровані на вирішення відповідної технологічної задачі профільного характеру – постійної і системної взаємодії з глобальними чинниками та їх впливом; б) *суб'єктний* – до профільного потенціалу ТГ, крім неї самої в обов'язковому порядку повинні бути включені органи місцевого самоврядування (представницькі і виконавчі), що сформовані нею та діють від її імені та в її інтересах, а також всі інші органи та суб'єкти системи МСВ, що у своїй сукупності становлять систему МСВ, на яку здійснюються перманентні глобальні впливи; в) *телеологічний* – основною телеологічною домінантою у застосуванні і використанні глобального досвіду та впливів чинників глобалізації виступає об'єктивний захист екзистенційних настанов існування, функціонування та розвитку ТГ в умовах перманентних глобальних впливів та змін; г) *функціональний* – він демонструє саме те, що може запропонувати ТГ та система МСВ глобалізації, впливу її чинників та змін, що вони несуть, а саме – багатопланове, багатofакторне, багаторівневе, поліпредметне, полісуб'єктне *співробітництво* – з урахуванням власних індивідуальних, а також групових та колективних коопераційних можливостей самої ТГ та її членів-жителів, причому, як на рівні власної держави, так і за кордоном; г) *предметно-об'єктний* – сутністю наведеного співробітництва, що пропонується ТГ та системою МСВ на системно-комплексному рівні виступає захист локального простору життєдіяльності ТГ, її історико-географічної ідентичності, настанов її індивідуального та колективного менталітету, відповідних сталих форм її соціального життя і соціальної практики, що засновані на відповідних морально-етичних цінностях ТГ;

– змістовне наповнення терміносистеми «глобалістський потенціал ТГ» містить у собі: а) відповідну парадигму дій ТГ та інших суб'єктів системи МСВ, що функціонують з ними в рамках єдиного соціального і нормативно-правового простору (діяльнісно-просторова ознака. – Авт.); б) така парадигма характеризується синергетичною взаємодією названих суб'єктів у реалізації загальних задач (функціонально-синергетична ознака. – Авт.); в) метою такої парадигми дій є взаємодія з чинниками глобалізації та її впливом, що проявляється на локальному рівні соціуму (телеологічна ознака. – Авт.); г) така парадигма може бути охарактеризованою, спочатку як комплексна, а потім – і як системна сукупність діяльнісно-поведінкових настанов суб'єктів, що наведені, причому, як щодо запозичення на рівень ТГ позитивних впливів глобальних чинників, так і щодо спротиву їх негативної дії (впливу) на ТГ (поведінково-комплексна ознака. – Авт.); г) здійснюючи таку парадигму дій, ТГ та інші суб'єкти системи МСВ використовують відповідні поведінкові настанови організаційної, організаційно-правової, колабораційної, інтеграційної властивості – в ординарних умовах взаємодії з чинниками глобалізації та їх впливами; у випадках екстраординарних умов взаємодії – використовується весь потенціал поведінкових настанов наведених суб'єктів, включаючи настанови антикорупційного, антикризового, санаційного, антиконфліктогенного, безпекового, медіативного, а також за допомогою держави – санкційного характеру та ін.

¹ Malcolm N. Shaw. International Law. *Essex Court Chambers and Lauterpacht Centre for International Law*, University of Cambridge. 8th edition. 2017. 1683 p.

² Потенціал. *Академічний тлумачний словник української мови*. Київ: Наукова думка, 1970–1980. URL: <http://sum.in.ua/sl/potencial>

³ Глобалізація. *Вікіпедія. Вільна енциклопедія*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Глобалізація>

⁴ Баймуратов М.А. Международное сотрудничество органов местного самоуправления Украины: дисс. д-ра юрид. наук. Одесса, 1996. 450 с.

⁵ Баймуратов М.О. Територіальна громада у національному та міжнародному вимірах. *Вісник Маріупольського державного університету*. Серія «Право». 2017. Вип. 13. С. 121–132.

⁶ Социальная педагогика: учебник / под общ. ред. В.С. Торохтия. Москва : Юрайт, 2019. 451 с.

⁷ Наратив. *Вікіпедія. Вільна енциклопедія*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Наратив>

⁸ Коннотация. URL: <https://kartaslov.ru/значение-слова/коннотация>

Резюме

Бобровник Д.О. Глобалістський потенціал територіальної громади: актуальні питання визначення, розуміння та можливої реалізації.

Статтю присвячено дослідженню актуальних питань визначення, розуміння та можливої реалізації глобалістського потенціалу територіальної громади.

Аргументовано, що місцеве самоврядування та територіальна громада, по-перше, виступають безпосереднім суб'єктом-об'єктом глобалізації, бо саме на них розповсюджується вплив її чинників та видових блоків (економічна, політична, правова тощо); по-друге, вони виступають кінцевим споживачем її благ – бенефіціарами, і безпосереднім або опосередкованим об'єктом її негативних явищ (світова, регіональна і внутрішньодержавна економічна криза внаслідок пандемії COVID-19, та зв'язані з нею зростання безробіття, закриття підприємств, затримання у виплаті заробітної плати, пенсій та інших соціальних виплат, секвестри соціальних статей державного і місцевих бюджетів тощо); по-третє, у застосуванні безпосередньо до локального життя саме вони виступають і відповідним користувачем, продуцентом, а також репродуцентом її досягнень, активно використовуючи їх для організації свого життєвого.

Ключові слова: глобалізація, чинники глобалізації, глобалізаційні впливи, територіальна громада, місцеве самоврядування, органи місцевого самоврядування, глобалізаційний потенціал територіальної громади.

Резюме

Бобровник Д.А. Глобалистский потенциал территориальной громады: актуальные вопросы определения, понимания и возможной реализации.

Статья посвящена исследованию актуальных вопросов определения, понимания и возможной реализации глобалистского потенциала территориальной громады.

Аргументировано, что местное самоуправление и территориальная громада, во-первых, выступают непосредственным субъектом-объектом глобализации, поскольку именно на них распространяется влияние ее факторов и видовых блоков (экономическая, политическая, правовая и т.п.); во-вторых, они выступают конечным потребителем ее благ – бенефициарами и непосредственным или опосредованным объектом ее негативных явлений (мировой, региональный и внутригосударственный экономический кризис вследствие пандемии COVID-19 и связанные с ней рост безработицы, закрытие предприятий, задержка выплат заработной платы, пенсий и других социальных выплат, секвестры социальных статей государственного и местных бюджетов и т.п.); в-третьих, в применении непосредственно к локальной жизни, именно они выступают и соответствующими пользователями, продуцентом, а также репродуцентом ее достижений, активно используя их для организации своего жизненного цикла.

Ключевые слова: глобализация, факторы глобализации, глобализационное влияние, территориальная громада, местное самоуправление, органы местного самоуправления, глобализационный потенциал территориальной громады.

Summary

Denis Bobrovnyk. Globalist potential of the territorial community: current issues of definition, understanding and possible implementation.

The article is devoted to the study of topical issues of definition, understanding and possible realization of the globalist potential of the territorial community.

It is argued that local self-government and territorial community, firstly, are the direct subject of globalization, because they are influenced by its factors and species blocks (economic, political, legal, etc.), and secondly, they act as the final consumer of its benefits – the beneficiaries, and the direct or indirect object of its negative phenomena (global, regional and domestic economic crisis due to the pandemic COVID-19, and related unemployment, closure of enterprises, delays in payment of wages salaries, pensions and other social benefits, sequestration of social articles of the state and local budgets, etc.); in addition, thirdly, when applied directly to local life, they are the relevant user, producer and reproducer of its achievements, actively using them to organize their life cycle or relying on the influence of global factors on their daily lives.

It is proved that the definition of a complex system-complex phenomenology of the globalist potential of the territorial community is due to the fact that, firstly, it is simultaneously related to domestic – municipal and constitutional law, as well as systems of general international law and international relations; secondly, it has not yet been properly reflected in the science of municipal and international law, although some domestic and foreign scholars and international experts have touched on this issue in an attempt to focus on this phenomenon (phenomenon), which is mostly evaluative. nature.

It is established that determining the global potential of the territorial community, it should be understood that it is based on the knowledge, skills and abilities of its members, as well as formed by local governments (representative and executive), including all other bodies and subjects of the local system. self-government – to protect the existential guidelines for the existence, functioning and development of territorial community in the face of global influences and changes, taking into account its own individual and group and collective cooperation opportunities both at the level of its own state and abroad, historical and geographical identity, guidelines for individual and collective mentality, appropriate sustainable forms of social life and social practice, based on the relevant moral and ethical values of community.

Key words: globalization, factors of globalization, globalization influences, territorial community, local self-government, local government, globalization potential of territorial community.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.06

УДК 340.15

О.Й. ВОВК

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

ORCID: 0000-0003-0094-6106

ЗВІД МІСЦЕВИХ ЗАКОНІВ ЗАХІДНИХ ГУБЕРНІЙ 1837 РОКУ – ПAM'ЯТКА МУНІЦИПАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Нинішнє вітчизняне місцеве самоврядування має свою тисячолітню історію становлення та подальшого розвитку, кожен із періодів якої характеризується пам'ятками муніципального права, що містять інформацію про правове регулювання суспільних відносин у сільських, міських і територіальних громадах та стан органів самоврядування різних рівнів і форм в Україні протягом формування її правової системи. Знання головних положень історичних джерел муніципального права, особливо XIX початку – XX ст., коли в більшості європейських країн були закладені правові основи модерного державного устрою, необхідно для якісного юридичного оформлення сучасної децентралізації управління та реформи місцевого самоврядування в Україні.

Сучасна актуальність дослідження аргументується тим, що хоча протягом минулих років аналізом джерел та пам'яток, які характеризують положення міського самоврядування в Російській імперії, займалися такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як О.Є. Блажівська, Н.О. Бойко, А.Л. Богунська, А.В. Бочаров, Р.Б. Воробей, Ю.М. Глизь, Ю.А. Глушенко, В.Д. Гончаренко, В.Д. Гончаров, В.П. Горбачев, П.Ф. Гураль, І.А. Грицяк, О.А. Далина, О.С. Двуречевська, Ю.Л. Дмитришин, В.В. Дмитрієв, А.О. Дорошева, М.А. Зайцев, О.В. Звіздай, С.В. Кодан, В.К. Козирев, І.В. Козюра, С.В. Кондратюк, В.М. Константинова, Л.Е. Лаптева, В.В. Луць, В.А. Малхозов, В.Г. Маргасова, О.М. Марченко, Ю.М. Медведєв, О.І. Нелін, Ю.О. Нікітін, Ю.К. Пивоварова, Т.М. Плаксий, В.В. Романченко, О.М. Руденко, О.О. Самойленко, А.В. Седляр, Д. Селіхов, А.С. Сіроткин, О.Г. Соловійова, В.Н. Станко, С.М. Стременовський, Н.В. Ткаленко, Є.П. Толмачев, Ф.Г. Турченко, С.О. Февральов тощо, однак в історико-правовому аспекті детальне наукове дослідження постанов Зводу законів західних губерній 1837 р. (далі – Звід законів 1837 р.) стосовно міського самоврядування останнім часом спеціально не проводилось.

Метою наукового дослідження даної роботи є об'єктивне історико-правове охарактеризування змісту норм Зводу законів західних губерній Російської імперії 1837 р. як пам'ятки пізнання муніципального права України першої половини XIX ст. та визначення з його постанов про стан самоврядування в українських містах під час проведення масштабної систематизації законодавства в Російській державі.

Насамперед потрібно зазначити, що в процесі підготовки всеосяжної систематизації права в Російській імперії першої половини XIX ст. існували дві концепції в її проведенні, прихильниками яких були як можновладці, так і науковці. Одні з них, беручи приклад із Франції, Австрії, Пруссії, наполягали на створенні єдиних для всіх областей імперії збірників законодавства. Інші представники вказували на те, що упорядковуючи законодавство потрібно враховувати соціально-політичні обставини, економічний рівень господарства та правові традиції окремих провінцій, і через це обстоювали підготовку та ухвалення на основі місцевого права партикулярних кодексів, передусім для губерній Прибалтики, Польщі, Білорусії та Правобережної України. Автор підтримує думку Ю. Пивоварової, що незважаючи на хід поступового витиснення місцевих правових особливостей російська центральна влада при проведенні загальної систематизації імперського законодавства деякою мірою визнавала самостійність і своєрідність правового регулювання в західних губерніях¹. Проте одним із негараздів, як зазначають науковці, при розмежуванні місцевого і загальноімперського права межі були проведені на шкоду першому². Все ж таки саме чинним збірником норм місцевого права для Правобережної України (Київська, Волинська та Подільська губернії) повинен стати на той час Звід місцевих законів західних губерній Російської імперії 1837 р., проект якого був підготовлений Другим відділенням Особистої його імператорської величності канцелярії. Управителем даного відділення з моменту утворення 4 квітня 1826 р. був призначений видатний правознавець М.А. Балуг'янський, а безпосереднім керівником редакційної групи, що працювала над текстом Зводу законів 1837 р. став І. Данилович, помічниками чиновники Другого відділення – Ф. Малевський, К. Іллічевський, В. Замятнин, колишній професор Віленського університету А. Коровицький та юрист-практик О. Кукевич. Підготовлений проект Зводу місцевих законів західних губерній Російської імперії в 1837 р. був надрукований для того, щоб із ним ознайомилися більше коло юристів та державних чиновників з метою представити свої зауваження і пропозиції до Державної ради. Водночас протягом 1838 р. перемагає концепція поширення в усіх провінціях загальноно-

© О.Й. Вовк, 2020

* *Oleksandr Vovk, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

сійської системи законодавства, яку підтримав сам імператор Микола I. Тому повністю готовий до вступу в дію Звід законів 1837 р. так і не набуває чинності.

Джерельна основа Зводу законів 1837 р. різноманітна, а саме: норми українського звичаєвого права; привілеї, постанови, конституції литовсько-польського права; гетьманські універсали та інструкції; іменні й сенатські укази російської влади; декрети судової практики українських статутних та міських судів. Крім того, кодифікаторами були використанні наступні збірники законодавства та їх проекти: Інструкція судам 1730 р.; Книга «Зерцало саксонів, або право сакське та магдебурзьке» в перекладі 1733 р.; Процес короткий приказний 1734 р.; Права за якими судиться малоросійський народ 1743 р.; Суд і розправа в правах малоросійських 1750 р.; Зібрання малоросійських прав 1807 р.; Литовський статут у редакції 1811 р.; Звід законів Російської імперії 1832 р. тощо. Джерельною основою для Зводу законів 1837 р. міг також стати такий збірник, як «Звід місцевих законів губерній та областей, приєднаних від Польщі», активна фаза систематизаційної роботи над яким на чолі з А.Р. Повстанським почалася в 1804 р., коли для його підготовки у структурі Комісії складання законів була заснована особлива експедиція, що складалася з референдаря, його помічника та трьох редакторів відділень для так званих губерній Західних (Польських), Білоруських і Малоросії. Дана експедиція згідно зі спільним планом повинна була зібрати місцеві закони, порівняти їх із загальними і скласти проекти місцевих Уложень. Крім того, в 1804 р. для прискорення справи було визнано корисним: по-перше, розіслати законодавчі питання, які складені із суттєвими місцевим обставинам змінами у всі губернії; по-друге, обрати на місцях обізнаних і досвідчених кореспондентів, покладаючи їм в обов'язок оповіщати про місцеві відмінності та доручити на їх розсуд складання окремих частин Уложення в особливості³. У 1809 р. Польське та Малоросійське відділення були об'єднані, а їх роботі надане інше направлення; замість пошуку в місцевих законах відмінностей і винятків від загальних, було визнано доречним скласти повні Зводи місцевих постанов, для того щоб визначити, в чому вони подібні та чим можуть бути зближені із загальними⁴.

Надалі для покращення роботи над складанням Зводів місцевих законів центральною владою в 1818 р. було вирішено у всіх так званих Західних губерніях утворити особливі Комітети з досвідчених осіб, надавши їм більш широке поле для законотворчості. Проте, вказані Комітети почали свої заняття не одночасно, а саме: Малоросійський у 1818 р.; Мінський, Волинський і Подільський 1820 р.; Білоруський, Віленський та Гродненський у 1821 р.; Київський та Білостоцький так і не приступили до відкриття своїх засідань⁵. Однак усі ці Комітети не тільки не довершили, а й навіть не почали того, що їм було доручено і свою діяльність припинили⁶. Тобто розпочата систематизаційна робота з підготовки проекту «Зводу місцевих законів губерній та областей, приєднаних від Польщі» так і не була завершена, але документальні матеріали, накопичені протягом роботи особливої експедиції та губернських комітетів були використані в майбутньому при підготовці проектів Зводу законів Російської імперії та Зводу місцевих законів західних губерній.

Структура Зводу законів 1837 р. у теоретико-правовому порівнянні з минулими збірниками законодавчих актів досить чітка та водночас розгалужена. Укладачі розподілили правові норми даного зводу в наступному порядку:

Вступ;

– Частина перша «Закони про стани»;

1) Книга перша «Про різні роди станів та відмінності прав їм наданих»;

2) Книга друга «Про акти станові»;

– Частина друга «Закони цивільні»;

1) Книга перша «Про права та обов'язки сімейні»;

2) Книга друга «Про порядок набуття та укріплення прав на майна взагалі»;

3) Книга третя «Про порядок набуття та укріплення прав на майна в особливості»;

4) Книга четверта «Про зобов'язання з договорів»;

5) Книга п'ята «Про виробництво справ безспірних порядком виконавчим»;

– Частина третя «Закони про судові обряди, про судовиробництво, і про заходи цивільних стягнень»;

1) Книга перша «Про судові обряди»;

2) Книга друга «Про судовиробництво»;

3) Книга третя «Про заходи цивільних стягнень»;

Додатки до Зводу законів західних губерній.

Детально кожна з книг поділялась відповідно на розділи, глави, відділення та параграфи з виносками⁷.

Переважно правові норми, що стосувалися міського (муніципального) права, були зосереджені в Розділі III (Книга перша Частини першої) під назвою «Про міських обивателів»⁸, Главі III (Книга друга Частини першої, Розділ II) «Про акти станові міських обивателів»⁹ та Розділі III (Книга друга Частини першої) під назвою «Про особливі акти станові міських та сільських обивателів»¹⁰.

Потрібно зазначити, що в першій половині XIX ст. нормами міського права регулювалися не тільки діяльність органів міського самоврядування, а й визначалися права та обов'язки окремого міщанського стану, їх належність до міської громади, які й були зосереджені в Зводі законів західних губерній 1837 р.

Так, найбільший за кількістю міських станових положень Розділ третій «Про міських обивателів» складався з п'яти глав, перша з яких поділялась ще й на відділення, а саме:

– Глава перша «Про набуття прав міського стану і про його докази»;

Відділення перше «Про різного роду стани міських обивателів»;

Відділення друге «Про вступ до стану міських обивателів та повідомлення про це»;

Відділення третє «Про докази міського стану»;

– Глава друга «Про права міського стану у складі міської громади»;

– Глава третя «Про права міського стану, в особливості кожній особі належних»;

– Глава четверта «Про перехід з міського стану і припинення прав»;

– Глава п'ята «Про почесних громадян Західних губерній»¹¹.

Аналізуючи зміст основних положень міського права Зводу 1837 р., насамперед слід наголосити, що деяка кількість його параграфів має бланкетний спосіб викладу. Тобто, як вказують теоретики права, в них містяться посилання не на якийсь конкретне нормативне розпорядження, а на інший нормативний акт¹². У даному випадку в Розділі третьому «Про міських обивателів» Зводу законів західних губерній 1837 р. найчастіше зустрічаються відсилання до статей Загального Зводу законів про стани (9 том Зводу законів Російської імперії, редакції 1832 р.), а саме: наступні параграфи вміщують в собі посилання на статті: параграф 98 на ст. ст. 240–245; параграф 102 на ст. ст. 246–273 та 276–286; параграф 104 на ст. 287; параграф 106 на ст. ст. 288–324; параграф 107 на ст. ст. 325–327 та ст. ст. 329–336; параграф 110 на ст. ст. 337–344; параграф 112 на ст. ст. 351–362; параграф 113 на ст. ст. 271–272. Крім того, в Главі III (Книга друга Частини першої, Розділ II) «Про акти станові міських обивателів» у параграфі 198 вміщено посилання на ст. ст. 994–1008, а в Розділі III (Книга друга Частини першої) під назвою «Про особливі акти станові міських та сільських обивателів» у параграфі 199 є посилання на додаток до ст. 1010 Загального Зводу законів про стани. Це було доцільним прийомом юридичної техніки для того, щоб запобігти непотрібним повторенням у різних збірниках законодавства.

Кодифікатори у Зводі 1837 р. технічно застосували відсилання на вже встановлені за Зводом законів Російської імперії 1832 р. наступні положення: визначеність осіб міських обивателів взагалі та в особливості купців, ремісників тощо¹³; особливості вступу у стан міських обивателів та про порядок зарахування до міської громади¹⁴; доказові підтвердження належності до міського стану, серед яких найчастіше були записи у приходських книгах, цехові листи, указні грамоти, ухвали суду тощо¹⁵; організаційну діяльність зборів міських громад та про їх склад і компетенцію¹⁶; повноважну спрямованість міських депутатських; закріпленість принципу про те, що міський обиватель без суду не може бути позбавлений станових, доброго ім'я та честі¹⁸; забезпеченість міських станових прав у порядку проходження служби, виконанню державних повинностей, захисту майна тощо¹⁹; забезпеченість станових гарантій при переході з визначеного міського становища, наприклад, в іншу міську громаду, на військову службу тощо²⁰; особливість набуття станового положення почесного громадянина та його прав і переваг, наприклад, свобода від подушної податі, звільнення від рекрутської повинності, заборона тілесних покарань тощо²¹; причинність припинення почесного громадянства, наприклад, за злісне банкрутство, переходу до ремісничого цеху тощо²²; підтверджувальність в актових документах (приходські, полкові, обивательські, бархатні актові книги, відомості, жалувані грамоти, зводи уставу про ревізії або народні переписи тощо) причетності до того чи іншого стану взагалі та міських обивателів зокрема²³. Тобто для теоретичного та практичного сприйняття положень тогочасного міського права правникам та службовцям губерній Правобережної України потрібно було одночасно використовувати два збірники – місцевий Звід місцевих законів західних губерній 1837 р. та загальноімперський дев'ятий том Зводу законів Російської імперії 1832 р. Це було можливим через те, як вказує С. Февральов, що у 1826–1832 рр. при проведенні систематизації законодавства Звід законів Російської імперії позиціонується як звід загальнодержавного законодавства (загальних для всієї імперії законів) на відміну від зводів місцевих узаконень як зводів партикулярних правових актів у рамках місцевих правових систем у кожному національному регіоні²⁴. Безумовно, це стосується якраз місцевої української правової системи першої половини XIX ст. Тому автор підтримує твердження науковців про те, що Основні державні закони Російської імперії (Звід законів Російської імперії, том I, частина 1), розроблені в 1832 р., закріпили два рівні системи права в Російській імперії – загальнодержавне право і місцеве право²⁵. Підтвердженням цьому є саме положення місцевого права, вміщені у Зводі 1837 р.

Особливістю постанов Зводу законів західних губерній Російської імперії 1837 року, що позитивно відрізняло його від загальноімперських законодавчих актів, на наш погляд, було встановлення в його тексті понять про громадян західних губерній та вільних людей як міських обивателів. Так у параграфі 100 Розділу третього «Про міських обивателів» зафіксовано: «Під ім'ям громадян Західних губерній розуміються всі ті з осіб, що іменувалися до цього шляхтою, яка проживала в містах. Та не довів установленим порядком дворянського свого походження в звання це записавшись. Особи ці складають у місті особливий стан; до міської громади вони приєднуються тільки в тих випадках коли їх число малозначне»²⁶. І зразу в наступному 101 параграфі даного розділу дається визначення вільних людей: «Під ім'ям вільних людей розуміють ті з закордонних вихідців, які в містах західних губерній улаштувалися і так в переписах названі»²⁷. Тобто на відміну від інших міст Російської імперії в українських містах Правобережної України, Волині та Поділля юридично встановлювався окремий прошарок міських обивателів – громадяни та вільні люди, які залучалися до міського самоврядування. А їхні діти згідно з параграфом 105 даного Зводу 1837 р., які народилися під час перебування їх батька на військовій службі, поверталися в сімейства їх попередньої спільноти²⁸. Також зараховувалися до громадян або вільних людей як міських обивателів. Для міських обивателів під ім'ям громадян західних губерній, згідно з параграфом 108 Зводу 1837 р., поміж виконання ними земських повинностей, належало ще відправлення воїнської повинності в натурі та платіж подимного збору за загальноросійськими

правилами саме постановлених для цієї категорії людей²⁹. Винятком із загального законодавства для громадян міст західних губерній було те, що згідно з параграфом 113 Зводу 1837 р. їм не заборонялось вступати в міський стан інших губерній з виконанням податків та повинностей цього звання, в які вони на вказаних підставах підпишуться не вимагаючи згоди на це міських громад, в які вони переходять³⁰. Що стосується вільних людей західних губерній, які приписані до міських громад, то винятком із загальних законів було положення параграфу 117 Зводу 1837 р., в якому зазначалося, що вони можуть переходити в купецьке та міщанське звання та з одного міста в інше за загальними правилами, постановленими для міщан із тим, що при перерахуванні їх в іншу губернію або в купецьке і міщанське звання, то виплачували вони податки до наступної ревізії відповідно останнього міста³¹.

Важлива відзнака положень Зводу законів західних губерній Російської імперії в порівнянні зі змістом дев'ятого тому «Про стани» Зводу законів Російської імперії 1832 р. стосувалася також такої категорії міських обивателів, як почесних громадян західних губерній, що вбачається в параграфах 115–116, 118–119 Зводу 1837 р. Так у параграфі 115 Глави п'ятої «Про почесних громадян Західних губерній» конкретно вказується: «Тих із міських обивателів під ім'ям громадян Західних губерній вище зазначених, які причетні до яких учених занять, як то: лікарям, вчителям, художникам, а рівно тим що мають узаконені свідотства про адвокатське звання присвоюється назва почесні громадяни Західних губерній». У наступному 116 параграфі роз'яснюється хто належить до художників, які мають право на звання почесних громадян, а саме: живописців, літографів, граверів, різчиків на каміннях та металах, архітектори, скульптори тощо, але не мастерові та ремісники, заняття яких по загальним узаконенням потребують приписки в цехи, а також громадяни, що отримують на звання художника диплом чи свідотство від Академії художеств. Виключною особливістю згідно параграфу 118 Зводу 1837 р. також було те, що при заміні воїнської повинності в натурі почесні громадяни західних губерній на відміну від інших губерній, обкладалися особливим грошовим збором у тисячу рублів асигнаціями за кожного чоловіка³². Важливим також було те, що діти почесних громадян відповідно до параграфу 119 Зводу 1837 р., причислювалися до міщанства за місцем постійного перебування, якщо не поступили вони у вищий стан за силою загальних законів³³. До другорядних особливостей положень Зводу 1837 р. було те, що в підтвердження станових прав для громадян західних губерній ревізійні сказки замінювалися посімейними списками³⁴. Тобто громадяни, вільні люди, почесні громадяни як окремі категорії міських обивателів західних губерній взагалі та західноукраїнських у складі Російської імперії зокрема мали хоча й незначні, але свої особливі права та обов'язки в порівнянні з міщанами інших міст держави.

Потрібно також вказати, що норми міського (муніципального) права Зводу місцевих законів західних губерній Російської імперії 1837 р. в основному не протирічили головному джерелу міського самоврядування для українських міст першої половини XIX ст., яким була Грамота на права і вигоди містам Російської імперії від 21 квітня 1785 р.³⁵ Хоча через причини, зазначені вище, на початку 40-х років XIX ст. в Російській імперії запроваджується єдине законодавство взагалі та міське (муніципальне) зокрема, тексти Зводу 1837 р. залишилися правовим джерелом при подальшому удосконаленню та впорядкуванню права. Так його положення були запозичені при підготовці нового видання Зводу законів Російської імперії 1857 р., а саме дев'ятого тому «Закопи про стани», коли в Розділі третьому «Про міських обивателів»³⁶ вносились деякі зміни щодо правового положення почесних громадян. Згодом Звід місцевих законів західних губерній 1837 р. як джерело місцевого права був використаний під час роботи над «Положенням про громадське управління міста Одеси» 1863 р.³⁷ На нашу думку, Звід місцевих законів західних губерній 1837 р. залишається неабияким змістовним навчальним посібником для вітчизняних юристів, особливо під час дворічного перехідного періоду, про що йшлося в пункті 7 Іменного указу даного Сенату, «Про розповсюдження сили діючих Російських цивільних законів, на всі Західні, повернуті від Польщі області» 25 червня 1840 р.³⁸ Пізніше, дореволюційні науковці навіть на початку XX ст. вказували, що Звід 1837 р. зберігав і тоді практичне значення у всіх тих випадках, коли мова йшла про правовідносини, які виникли до указу 1840 р. та, відповідно, підлягали обговоренню на основі тогочасних місцевих законів³⁹, з чим автор повністю погоджується.

З огляду на зазначене є можливість дійти до таких висновків: по-перше, кодифікований збірник права «Звід місцевих законів західних губерній» 1837 р. як правова пам'ятка вітчизняного права взагалі та муніципального права України зокрема важлива тим, що положення його змісту відображують тогочасні суспільні відносини у сфері міського самоврядування в українських містах Волинської, Київської та Подільської губерній першої половини XIX ст.; по-друге, наразі його ухвалення своїми правовими нормами даний збірник поза все повинен був також закріплювати правове становище міського населення, сприяти забезпеченню права міських мешканців на об'єднання в міські громади та вказував на майбутнє удосконалення вітчизняного міського самоврядування; по-третє, як навчальний посібник Звід 1837 р. зберігав своє теоретико-правове та практичне значення до початку XX ст. Дослідження положень «Зводу місцевих законів західних губерній» 1837 р., що вміщував у собі норми переважно цивільного, цивільно-процесуального, державного галузей права, у тому числі міського, необхідно продовжувати в якості правового джерела подальшої систематизації права та юридичного забезпечення адміністративно-політичних реформ в українських землях другої половини XIX – початку XX століть.

- ¹ Пивоварова Ю. К вопросу об истории создания Свода законов западных губерний. URL: http://bseu.by:8080/bitstream/edoc/7094/2/Pivovarova_Yu_Nac_ekonomika_RB_2011_S_246-247_ocr.pdf
- ² Блажівська О.Є. Звід місцевих законів західних губерній як пам'ятка цивільного законодавства на українських землях. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 3. С. 60–68. С. 63.
- ³ Обзорение исторических сведений о составлении свода местных законов западных губерний. Изд. М.Я. Пергамент; А.Э. Нольде. СПб.: Т-во Р. Голике и А. Вильборг, 1910. 64 с. С. 39.
- ⁴ Там само. С. 40.
- ⁵ Там само.
- ⁶ Там само. С. 41.
- ⁷ Свод местных законов западных губерний. Проект. Издали по поручению юридического факультета Императорского Санкт-Петербургского университета: М.Я. Пергамент, А.Э. Нольде. Санкт-Петербург: Товарищество Р. Голике и А. Вильборг, 1910. XII, 446 с. С. 431–446.
- ⁸ Там само. С. 26.
- ⁹ Там само. С. 49.
- ¹⁰ Там само. С. 50.
- ¹¹ Там само. С. 26–32.
- ¹² Скакун О.Ф. Теорія держави і права. Підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с. С. 292.
- ¹³ Свод законов о состоянии людей в государстве. Санкт-Петербург: Печатано в типографии II Отделения Собственной его императорского величества канцелярии, 1832. 459 с. С. 74–75. URL: https://ru.wikisource.org/w/index.php?search=Свод+законов+Российской+империи.+Том+_IX_%281832%29.pdf&title=Служебная:Поиск&profile=advanced&fulltext=1&advanced-Search-current=%7B%7D&ns0=1&ns106=1
- ¹⁴ Там само. С. 76–86.
- ¹⁵ Там само. С. 87–88.
- ¹⁶ Там само. С. 96–97.
- ¹⁷ Там само. С. 97–98.
- ¹⁸ Там само. С. 98–105.
- ¹⁹ Там само. С. 106–113.
- ²⁰ Там само. С. 113–119.
- ²¹ Там само. С. 106–113.
- ²² Там само. С. 120.
- ²³ Там само. С. 283–300.
- ²⁴ Февралёв С.А. Политико-юридическая природа местного права в Российской империи (вторая половина XVII – начало XX вв.). *Право и политика*. 2012. № 2 (146). С. 327–338. С. 335.
- ²⁵ Кодан С.В., Февралёв С.А. Местное право национальных регионов Российской империи: истоки, место в политике и идеологии, юридическая природа (вторая половина XVII – начало XX в.в.). *Юридические исследования*. 2013. № 2. С. 74–154. DOI: 10.7256/2305-9699.2013.2.464 URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=464
- ²⁶ Свод местных законов западных губерний. Проект. Издали по поручению юридического факультета Императорского Санкт-Петербургского университета: М.Я. Пергамент, А.Э. Нольде. Санкт-Петербург: Товарищество Р. Голике и А. Вильборг, 1910. XII, 446 с. С. 26.
- ²⁷ Там само. С. 27.
- ²⁸ Там само. С. 27.
- ²⁹ Там само. С. 30.
- ³⁰ Там само. С. 30.
- ³¹ Там само. С. 31.
- ³² Там само. С. 31.
- ³³ Там само. С. 32.
- ³⁴ Там само. С. 50.
- ³⁵ Полное собрание законов Российской империи с 1649 года. Том. XXII. 1784–1788. Санкт-Петербург: В Типографии II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, 1830. 1158 с. С. 358.
- ³⁶ Свод законов Российской империи. Издание 1857 года. Законы о состояниях. Санкт-Петербург: Типография Второго отделения Собственной его императорского величества канцелярии, 1857. 572 с. С. 87–127.
- ³⁷ Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. Том XXXVIII. Отделение первое. 1863. От № 37827–38621. Санкт-Петербург: В Типографии II Отделения Собственной Е.И.В. Канцелярии, 1866. 940 с. С. 402.
- ³⁸ Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. Том XV. Отделение первое. 1840. От № 13044–14140. Санкт-Петербург: В Типографии II Отделения Собственной Е.И.В. Канцелярии, 1841. 855 с. С. 444.
- ³⁹ Свод местных законов западных губерний. Проект. Издали по поручению юридического факультета Императорского Санкт-Петербургского университета: М.Я. Пергамент, А.Э. Нольде. Санкт-Петербург: Товарищество Р. Голике и А. Вильборг, 1910. XII, 446 с. С. XI.

Резюме

Вовк О.Й. Звід місцевих законів західних губерній 1837 року – пам'ятка муніципального права України.

У статті аналізується пам'ятка муніципального (міського) права України – «Звід місцевих законів західних губерній» 1837 р., що був кодифікованим збірником нормативних актів XIX ст. Розглядаються особливості створення даного збірника, його структура, зміст та детально аналізуються положення, присвячені правовому становищу міських мешканців українських міст Волинської, Київської та Подільської губерній де він повинен був діяти.

Ключові слова: кодифікація права, міське право, станові акти, постанови, стани, міські обивателі, почесні громадяни, самоврядування, громада.

Резюме

Вовк А.И. Свод местных законов западных губерний 1837 года – памятник муниципального права Украины.

В статье анализируется памятник муниципального (городского) права Украины – «Свод местных законов западных губерний» 1837 г., который был кодифицированным сборником нормативных актов XIX в. Рассматриваются особенности создания данного сборника, его структура, содержание и подробно анализируются положения, посвященные правовому положению городских жителей украинских городов Волынской, Киевской и Подольской губерний, где он должен был действовать.

Ключевые слова: кодификация права, городское право, сословные акты, постановления, сословия, городские обыватели, почетные граждане, самоуправление, община.

Summary

Oleksandr Vovk. The Code of Local Laws of the Western Provinces of 1837 as the monument of municipal law of Ukraine.

It is established that the Code of Local Laws of the Western Provinces of 1837 (the Code of 1837), the draft of which has been prepared by the Second Department of His Imperial Majesty's Own Chancellery was to be the codified collection of local law for Kyiv, Volyn and Podil Provinces in the 1830s. However, in 1838 the concept of expanding the all-Russian system of legislation to all provinces strengthened, so the fully prepared Code of 1837 did not come into force, but it was used as a manual for legal scholars and practitioners.

It is established that the sources for the Code of 1837 were the norms of Ukrainian customary law; privileges, regulations, constitutions of Lithuanian and Polish law; universals and instructions of the hetmans; nominal and senate decrees of the Russian authorities; decrees of judicial practice of Ukrainian state, statutory and town courts. In theoretical and legal comparison with other collections of legislative acts of that time, the structure of the Code of 1837 is quite clear and at the same time branched out, namely it consists of: Introduction; Part I "Laws on estates"; Part II "Civil laws"; Part III "Laws on judicial rites, on court proceedings, and on measures of civil penalties"; Annexes. Each of the books was divided into sections, subsections, chapters, and paragraphs with footnotes. Legal norms concerning town (municipal) law were mostly concentrated in Section III (Book I Part I) "On townspeople", Subsection III (Book II Part I Section II) "On acts of the estate of townspeople" and Section III (Book II Part I) "On special acts of the estate of townspeople and countryside".

It is noted that in the first half of 19th century norms of town law regulated not only the activities of town self-government, but also determined the rights and duties of a particular townee estate, their belonging to the town community, which were concentrated in the Code of 1837. Having analyzed the content of the main provisions of the town law of the Code of 1837, it should be noted that a certain number of its paragraphs have a blanket way of formulating. In the Code of 1837, the codifiers technically used the reference to the articles of the Code of Laws of the Russian Empire of 1832. The peculiarity of the regulations of the Code of 1837 was the establishment of concepts of citizens of western provinces and of free people as townspeople in its text. An important feature of the provisions of the Code of 1837 also concerned such a category of townspeople as honorary citizens of the western provinces. The norms of municipal law of the Code of 1837 did not contradict the main source of municipal self-government for Ukrainian towns in the first half of the 19th century, that is the Charter on the Rights and Benefits of the cities of the Russian Empire of 21 April 1785. The Code of 1837 preserved its practical significance even at the beginning of the 20th century where it came to legal relations having arisen before the 1840s, and, accordingly, were subject to the local laws of that time.

Key words: codification of law, town law, estate acts, regulations, estates, townspeople, honorary citizens, self-government, community.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.07

УДК 342.9:6 34.07

О.С. ДУДЧЕНКО

*Оксана Сергіївна Дудченко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Ніжинського державного університету імені Миколи Гоголя**

ORCID: 0000-0002-3537-2694

**КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ
ВЛАДИ ТА УПРАВЛІННЯ МОЛДАВСЬКОЇ АВТОНОМНОЇ СОЦІАЛІСТИЧНОЇ
РАДЯНСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ (1924–1940 РР.) У СКЛАДІ УКРАЇНСЬКОЇ
СОЦІАЛІСТИЧНОЇ РАДЯНСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ**

Постановка проблеми. Серед багатьох актуальних та остаточно не вирішених проблем юридичної науки залишається визначення правового статусу автономії у складі держави. У процесі трансформаційних змін, що відбуваються в Україні, дослідження особливостей формування органів державної влади автономних утворень на певних історичних етапах розвитку суспільства набувають особливої актуальності. Так, на особливу увагу заслуговує дослідження конституційно-правових засад створення Молдавської Автономної

© О.С. Дудченко, 2020

* *Oksana Dudchenko, Ph.D. in Law, Associate Professor of Nizhyn Gogol State University*

Соціалістичної Радянської Республіки (1924–1940 рр.) у складі Української Соціалістичної Радянської Республіки і функціонування її органів державної влади та управління.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Виробленню теоретичних засад відтворення різних аспектів становлення й функціонування органів державної влади та управління радянської України присвячувалась увага багатьох науковців. Науково-теоретичне підґрунтя для дослідження питань, пов'язаних із особливостями створення та діяльності органів державної влади та управління СРСР та УСРР в 1920–1930-х рр., було закладено Б.М. Бабієм, А.Т. Васильєвим, М.Г. Кириченком, Ю.М. Козловим, В.М. Манохіним, Д.Т. Яковенком та іншими радянськими вченими.

Правові засади функціонування окремих органів державної влади та управління радянської України в 1920–1930-х рр. розкриваються в працях В.Д. Гончаренка, П.П. Захарченка, В.С. Калиновського, О.В. Кузьминця, Г.В. Лаврик, Н.Р. Нижник, В.В. Стрільця, В.І. Тимцуника, І.Б. Усенка, О.Ф. Фрицького, В.М. Шаповала та інших сучасних відомих українських вчених, які досліджували різні аспекти діяльності органів державної влади та управління УСРР-УРСР загалом та Молдавської Автономної Соціалістичної Радянської Республіки у складі УСРР зокрема.

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження конституційно-правових засад створення та функціонування органів державної влади та управління Молдавської Автономної Соціалістичної Радянської Республіки (1924–1940 рр.) у складі Української Соціалістичної Радянської Республіки.

Виклад основного матеріалу. Конституція 1919 р. проголосила УСРР «організацією диктатури працюючих і експлоатуваних мас пролетаріату і біднішого селянства для перемоги над їх віковими гнобителями й експлоататорами капіталістами й поміщиками»¹. Відповідно до ст. 5 Конституції УСРР 1919 р. «влада працюючих мас на території Української Соціалістичної Радянської Республіки здійснювалася через Ради Робітничих, Селянських та Червоноармійських депутатів та інші органи влади по означенню Рад»². Отже, зазначеною статтею державна влада закріплювалася у вигляді системи рад. Конституція надала виключну можливість трудящим масам користуватися політичними правами (свободою усного й друкованого слова, зборів, спілок тощо), усуваючи від користування цими правами панівні стани й суспільні групи, що підтримували їх³. Другий розділ Основного Закону УСРР 1919 р. «Конструкція радянської влади» розкривав повноваження, структуру та порядок формування органів радянської влади. У його структурна частина під назвою «Організація Центральної влади» вказувалося, що центральними органами державної влади проголошувалися: Всеукраїнський з'їзд рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів; Всеукраїнський центральний виконавчий комітет рад; Рада народних комісарів УСРР.

Важливим питанням для державного будівництва радянської України було утворення у її складі Молдавської Автономної Соціалістичної Радянської Республіки (далі – Молдавська АСРР або МАСРР). Під автономією зазвичай в теорії держави і права розуміють створену з урахуванням певної специфіки (територіальної, національної та ін.) територіальну одиницю, котра, порівняно зі звичайними адміністративно-територіальними одиницями, володіє особливим правовим статусом⁴.

Постанову про утворення в складі УСРР Молдавської АСРР було ухвалено 3-ою сесією Всеукраїнського центрального виконавчого комітету (далі – ВУЦВК) VIII скликання 12 жовтня 1924 р. відповідно до Конституції СРСР 1924 р. та Конституції УСРР 1919 р. До її складу увійшли частини Балтського округу Подільської губернії та Одеського Одеської губернії, а також ряд населених пунктів Тульчинського округу Подільської губернії⁵. Постановами ЦК КП(б)У від 19 вересня і ЦК РКП(б) від 26 вересня 1924 р. де-юре до складу МАСРР було включено «територію Бессарабії, тимчасово окуповану румунськими військами»⁶.

Варто зазначити, що прийняттю цієї постанови передувало неодноразове обговорення зазначеного питання на засіданнях ЦК КП(б)У. Так, 7 березня 1924 р. політбюро ЦК КП(б)У своєю постановою ухвалило «політично доцільним виділення в складі УСРР Молдавської автономної області», але водночас звернулося до ЦК РКП(б) з проханням не виносити остаточного рішення про утворення автономії до повторного розгляду цього питання на політбюро ЦК КП(б)У⁷.

Згідно з постановою ВУЦВК «Про утворення Ревкому Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки» від 29 жовтня 1924 р. № 288 до створення органів влади на території Молдавської АСРР та скликання I Всеомолдавського з'їзду рад передбачалося утворення Революційного комітету Молдавії як тимчасового надзвичайного найвищого органу державної влади автономної республіки з наділенням його всією повнотою влади, в межах території зазначеної постановою 3-ої сесії VIII скликання ВУЦВК⁸.

Задля розподілу майна на території Молдавської АСРР створювалися паритетні комісії у складі: а) двох представників Одеського ГВК й двох від Революційного комітету МАСРР, на яких покладалася обов'язки вирішувати справи щодо Одеського ГВК і МАСРР; б) двох представників Подільського ГВК, на яких покладалася обов'язки вирішувати справи щодо Подільського ГВК і МАСРР. Крім того, паритетні комісії зобов'язані були вирішувати справи щодо передачі органів управління. Постановою ВУЦВК «Про утворення Ревкому Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки» від 29 жовтня 1924 р. № 288 передбачалося, що така передача органів управління й майна на території Молдавської АСРР повинна була здійснитися до 1 грудня 1924 р. в порядку, встановленому паритетними комісіями⁹.

В основу організації Молдавської АСРР було покладено принципи, вироблені ЦК КП(б)У: «МАСРР має повну систему центральних органів. МАСРР має державний і місцевий бюджет. Законодавча автономія є в питаннях: а) організації своїх необ'єднаних народних комісаріатів, місцевих виконкомів і їх відділів (за принципом організації в УСРР); б) встановлення їх штатів і мережі; в) питання мови; г) в організації народної

освіти. Відступ від законодавства УСРР в інших випадках допускається з дозволу ВУЦВК. Адміністративна автономія є в питаннях: а) самостійного формування особового складу, крім об'єднаних народних комісаріатів і Народного комісаріату юстиції; б) циркуляри об'єднаних народних комісаріатів повинні проводитися через наркомати МАСРР»¹⁰.

19–23 квітня 1925 р. в м. Балті відбувся I Все молдавський з'їзд рад, який заслухав доповідь про діяльність уряду УСРР, звітну доповідь Ревкому МАСРР, затвердив бюджет автономної республіки. Крім того, з'їзд затвердив Конституцію Молдавської АСРР та обрав Центральний виконавчий комітет МАСРР. Відповідно до Конституції СРСР I Все молдавський з'їзд рад обрав своїх делегатів до складу Ради Національностей ЦВК СРСР, а також на Всесоюзний та Всеукраїнський з'їзди рад¹¹.

Постановою IX Всеукраїнського з'їзду рад «Про зміну Конституції Української Соціалістичної Радянської Республіки» № 302 від 10 травня 1925 р. закріплювалося входження УСРР до складу СРСР та система органів державної влади та управління УСРР¹².

Крім того, 10 травня 1925 р. IX Всеукраїнський з'їзд рад затвердив, ухваленою 23 квітня 1925 р. I Все молдавським з'їздом рад Конституцію Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки (далі – АМСРР). Відповідно до ст. 1 зазначеного нормативно-правового акта «Автономна Молдавська Соціалістична Радянська Республіка, уходячи в склад Української Соціалістичної Радянської Республіки, здійснює на своїй території державну владу трудящих Молдавії на підставах, цю Конституцією визначених»¹³.

Конституція АМСРР 1925 р. закріпила радянську систему рад. Так, ст. 2 передбачалося, що влада на території автономної республіки здійснюється через Ради робітничих, селянських і червоноармійських депутатів, їхні з'їзди й органи, що їх вони утворюють. АМСРР надавалося право брати участь в утворенні верховних органів УСРР, через своїх делегатів на Всеукраїнських з'їздах рад, а також в Раді національностей Центрального виконавчого комітету СРСР – через своїх представників.

На території АМСРР поширювали дію «законодавчі акти й постанови центральних органів влади Союзу РСР і Української Соціалістичної Радянської Республіки: З'їздів Рад, Центральних Виконавчих Комітетів (їхніх Президій), Рад Народних Комісарів СРСР і УСРР, а також Ради Праці та Оборони і Української Економічної Народи», за винятком випадків: а) якщо в самих нормативно-правових актах була вказівка, що їх дія не поширюється на територію Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки і б) щодо законодавства Української Соціалістичної Радянської Республіки, якщо верховні органи Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки в межах прав, наданих Конституцією АМСРР, видадуть свої самостійні закони¹⁴.

Крім виконання нормативно-правових актів СРСР та УСРР, за верховними органами Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки її Конституцією закріплювалося право видавати самостійні законодавчі акти в таких справах: а) щодо організації необ'єднаних народних комісаріатів Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки, а також місцевих виконавчих комітетів та їхніх відділів, відповідно до загальних принципів організації тих самих органів в Українській Соціалістичній Радянській Республіці; б) щодо встановлення штатів і мережі місцевих установ необ'єднаних народних комісаріатів як на державному, так і на місцевому бюджетові фінансуванні; в) щодо справи про мову, відповідно до Конституції АМСРР; г) у справах народної освіти, відповідно до основних положень Кодексу Законів про Народну освіту УСРР. У решті випадків з дозволу ВУЦВК можна було відступати від законодавства УСРР¹⁵. Система та структура органів юстиції АМСРР, в тому числі Головного суду АМСРР, та організація прокуратури регламентувалися окремими законами, що відповідно до розділу V Конституції АМСРР мав право видавати Всеукраїнський центральний виконавчий комітет.

Крім того, верховним органам Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки дозволялося видавати додаткові до законодавства УСРР декрети й постанови в усіх галузях управління необ'єднаних народних комісаріатів Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки, зокрема, внутрішніх справ, охорони здоров'я, народної освіти, соціального забезпечення, юстиції та земельних справ.

Конституція АМСРР 1925 р. закріпила систему органів державної влади та управління. Зокрема, функції верховних органів виконували Молдавський з'їзд рад робітничих, селянських і червоноармійських депутатів та Молдавський центральний виконавчий комітет рад і його Президія. АМСРР при РНК УСРР мала свого постійного представника, який мав право дорадчого голосу в усіх центральних органах УСРР.

Відповідно до ст. 12 Конституції АМСРР 1925 р. Молдавський з'їзд рад проголошувався найвищою владою Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки. Видані ним постанови мав право скасовувати тільки Всеукраїнський центральний виконавчий комітет або Всеукраїнський з'їзд рад. Основним Законом автономної республіки передбачалося, що Молдавські з'їзди рад могли бути черговими та надзвичайними. У свою чергу, чергові з'їзди скликав Молдавський центральний виконавчий комітет один раз на рік. Складнішим був механізм скликання надзвичайних Молдавських з'їздів рад. Зокрема, вони збиралися за пропозицією Президії Всеукраїнського центрального виконавчого комітету, Президії Молдавського центрального виконавчого комітету за власною ініціативою або ж за вимогою місцевих рад, що об'єднують не менше однієї третини всього населення АМСРР. Порядок обрання та норми представництва на Молдавський з'їзд рад встановлювався Молдавським центральним виконавчим комітетом та затверджувалися ВУЦВК.

Слід також зазначити, що при дослідженні особливостей створення та функціонування органів державної влади та управління АМСРР необхідно також розглянути повноваження Молдавського з'їзду рад. Конституцією АМСРР передбачалося, що «Молдавський З'їзд Рад дає загальний напрям діяльності Робітничо-

Селянського Уряду й усіх органів влади Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки з тим, що зміну й доповнення Конституції Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки, зміну її території, затвердження рокового бюджету АМСРР і звіти про його виконання обов'язково належить подавати на розгляд Молдавському З'їздові Рад»¹⁶. Проте якщо не було можливості прийняти бюджет на Молдавському з'їзді рад, Молдавський центральний виконавчий комітет мав право подати його безпосередньо до відповідних органів влади УСРР, доповівши про це на найближчому Молдавському з'їзді рад.

Конституцією АМСРР передбачалося, що в період між Молдавськими з'їздами рад Молдавський центральний виконавчий комітет був вищою владою в республіці і розглядав належні до його компетенції справи на сесійних засіданнях або в складі своєї Президії. Стаття 22 зазначеного Основного Закону закріплювала процедуру обрання Президії ЦВК АМСРР, зокрема, її обирав зі свого складу Молдавський ЦВК в кількості, встановленій Молдавським з'їздом рад. У періоді між сесіями Молдавського Центрального виконавчого комітету його Президія була вищим органом влади АМСРР і діяла від імені Молдавського Центрального виконавчого комітету.

Конституція АМСРР регламентувала порядок створення, склад та повноваження Ради народних комісарів АМСРР.

Конституція УСРР 1929 р. остаточно закріпила «утворення в складі Української Соціалістичної Радянської Республіки Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки»¹⁷.

Висновки. Таким чином, змінами до Конституції УСРР в 1925 р. було реорганізовано систему органів державної влади та управління відповідно до загальносоюзної Конституції 1924 р. Система органів державної влади та управління Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки та їх повноваження визначалися постановою ІХ Всеукраїнського з'їзду рад «Про зміну Конституції Української Соціалістичної Радянської Республіки» № 302 від 10 травня 1925 р., Конституцією Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки від 10 травня 1925 р. та Конституцією УСРР 1929 р. Конституція АМСРР 1925 р. закріпила систему, повноваження й структуру органів державної влади та управління Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки: Молдавський з'їзд рад, Молдавський центральний виконавчий комітет, Рада народних комісарів АМСРР та систему місцевих рад, а також регламентувала їх взаємовідносини з органами державної влади та управління радянської України.

¹ Конституції і конституційні акти України. Історія і сучасність: зб. НАН України / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького / упоряд. : І.О. Кресіна; відп. ред. Ю.С. Шемшученко. Київ, 2006. С. 55.

² Там само. С. 56.

³ Кузьминець О.В., Калиновський В.С. Історія держави і права України: навч. посіб. 2-ге вид. допов. Київ: Вид-во «Україна», 2002. С. 220–221.

⁴ Актуальні проблеми теорії держави та права. Частина І. Актуальні проблеми теорії держави : навч. посіб. / С.М. Тимченко, С.К. Бостан, С.М. Легуша, Н.М. Пархоменко, Т.О. Пікуля, Н.В. Пронюк. Київ: КНТ, 2007. С. 229.

⁵ ІІІ сесія Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету VIII скликання, 8–12 жовтня 1924 р. Харків, 1925. С. 163–164.

⁶ Матвієнко В. Територіальне оформлення УСРР в складі РСРР у міжвоєнний період. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Міжнародні відносини.* 2013. Вип. 1. С. 12–15.

⁷ Там само.

⁸ Про утворення Ревкому Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки: постановою ВУЦВК від 29 жовтня 1924 р. № 288. *Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України.* 15 грудня 1924 р. Ч. 48. Відділ перший. Ст. 288. С. 895–896.

⁹ Там само.

¹⁰ Історія держави і права Української РСР (1917–1960 рр.); голова ред. колегії В.М. Корецький. Київ: Вид-во Академії наук Української РСР, 1961. 729 с.

¹¹ Там само.

¹² Про зміну Конституції Української Соціалістичної Радянської Республіки: постанова ІХ Всеукраїнського з'їзду рад № 302 від 10 травня 1925 р. *Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України.* 30 липня 1925 р. Ч. 47. Ст. 302. С. 517–526.

¹³ *Збірник узаконень та розпоряджень Робітничо-Селянського Уряду України.* 31 липня 1925 р. Ч. 51. Відділ перший. Ст. 313. С. 577–590.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Там само.

¹⁶ Там само.

¹⁷ *Збірник законів та розпоряджень Робітничо-селянського уряду України.* 8 липня 1929 р. № 14. Відділ перший. Ст. 100.

Резюме

Дудченко О.С. Конституційно-правові засади формування органів державної влади та управління Молдавської Автономної Соціалістичної Радянської Республіки (1924–1940 рр.) в складі Української Соціалістичної Радянської Республіки.

У статті проаналізовано конституційно-правові засади створення і функціонування органів державної влади та управління Молдавської Автономної Соціалістичної Радянської Республіки (1924–1940 рр.) у складі Української Соціалістичної Радянської Республіки. На основі аналізу нормативно-правових актів УСРР досліджено процедуру створення й повноваження орга-

нів державної влади та управління АМСРР і їх взаємодію з органами державної влади та управління радянської України. Охарактеризовано правотворчу діяльність і види нормативно-правових актів АМСРР та їх місце в системі нормативно-правових актів УСРР.

Ключові слова: Молдавська АСРР, Молдавський з'їзд рад, Молдавський центральний виконавчий комітет, Президія Молдавського центрального виконавчого комітету, Рада народних комісарів, конституція, орган державної влади, народний комісаріат, постанова, розпорядження.

Резюме

Дудченко О.С. Конституционно-правовые основы формирования органов государственной власти и управления Молдавской Автономной Социалистической Советской Республики (1924–1940 гг.) в составе Украинской Социалистической Советской Республики.

В статье проанализированы конституционно-правовые основы создания и функционирования органов государственной власти и управления Молдавской Автономной Социалистической Советской Республики (1924–1940 гг.) в составе Украинской Социалистической Советской Республики. На основе анализа нормативно-правовых актов УССР исследовано процедуру создания и полномочия органов государственной власти и управления МАССР и их взаимодействие с органами государственной власти и управления советской Украины. Охарактеризованы правотворческая деятельность и виды нормативно-правовых актов МАССР и их место в системе нормативно-правовых актов УССР.

Ключевые слова: Молдавская АССР, Молдавский съезд советов, Молдавский центральный исполнительный комитет, Президиум Молдавского центрального исполнительного комитета, Совет народных комиссаров, конституция, орган государственной власти, народный комиссариат, постановление, распоряжение.

Summary

Oksana Dudchenko. Constitutional and legal principles of formation of governance and governance of the Moldovan ASSR (1924–1940) as part of the Ukrainian USSR.

The constitutional and legal basis for the establishment and functioning of state authorities and administration of the Moldavian Autonomous Soviet Socialist Republic (1924–1940) as a part of the Ukrainian Socialist Soviet Republic were analyzed in the article. The Constitution of the USSR of 1919 enshrined the system and powers of state authorities and administration of Soviet Ukraine. Amendments to the Constitution of the USSR in 1925. Reorganized it in accordance with the All-Union Constitution of 1924. An important issue in the formation of Soviet Ukraine was the formation of the Moldavian Autonomous Soviet Socialist Republic. The system of state authorities and administration of the Autonomous Moldavian Socialist Soviet Republic and their powers were determined by Resolution of the IX All-Ukrainian Congress of Soviets "On Amendments to the Constitution of the Ukrainian Socialist Soviet Republic" № 302 of May 10, 1925, the Constitution of the Autonomous Moldavian Socialist Republic. The Constitution of the USSR of 1929 enshrined the system, powers and structure of state authorities and administration of the Autonomous Moldavian Socialist Soviet Republic: the Congress of Soviets of Moldova, the Central Executive Committee of Moldova, the Council of People's Commissars of the USSR also regulated their relations with state authorities and administration of Soviet Ukraine. The Autonomous Soviet Socialist Republic of Moldova had its permanent representative to the Council of People's Commissars of the USSR, who had the right to an advisory vote in all central bodies of Soviet Ukraine. Based on the analysis of normative legal acts of the USSR, the order of creation and powers of state authorities and administration of the Autonomous Moldavian Socialist Soviet Republic and their interaction with state authorities and administration of Soviet Ukraine are studied. The law-making activity and types of normative-legal acts of the Autonomous Moldavian Socialist Soviet Republic and their place in the system of normative-legal acts of the USSR are characterized.

Key words: Moldovan Autonomous Socialist Soviet Republic, Congress of Soviets of Moldova, Central Executive Committee of Moldova, Presidium of the Central Executive Committee of Moldova, Council of People's Commissioners, constitution, state power, People's Commissariat, resolution, order.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.08

УДК [[34:378.4.09]:005.336.4](945.1:447.83-25)

В.С. КАХНИЧ

*Володимир Степанович Кахнич, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка**

ORCID: 0000-0003-1446-8386

СТАНОВЛЕННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ В УНІВЕРСИТЕТІ МЕЛЬБУРНА: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ДЛЯ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

Постановка проблеми. Досвід становлення юридичної освіти в одному з найстаріших правничих вузів Австралії – Університеті Мельбурна, що сьогодні входить в число провідних університетів світу, а також у 50 кращих освітніх установ світу¹, має важливе значення як приклад юридичної освіти для українських вузів і для Львівського університету зокрема, адже правнича освіта у Львівському університеті займає важливе місце при вихованні молодих спеціалістів, які згодом можуть обіймати важливі державні посади. Тому сьогодні становлення і формування цілісного бачення юридичної освіти (у світовому масштабі, на прикладі функціонування закордонних вузів) допоможе національній юридичній освіті, а отже – правовій системі. Розглянемо це на прикладі Університету Мельбурна.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Діяльність юридичного факультету Львівського університету досліджували та розкривали у своїх працях українські та іноземні вчені, а саме, Станіслав Стажинський, Людвік Фінкель, Василь Нор, Борис Тищик, Ігор Бойко, Тарас Андрусак, Володимир Бурдін, Володимир Качмар, Адам Редзік, Магдалена Питер, в Університеті Мельбурна – Генрі Хіггінс, Лео Куссен, Теодор Фінк, Джон Маккі та інші. Поряд із тим, не применшуючи внеску цих та багатьох інших дослідників, можна стверджувати, що багато питань залишається відкритими.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає у з'ясуванні міжнародного досвіду становлення та розвитку юридичної освіти в Університеті Мельбурна. Це дасть змогу рекомендувати впровадження його досвіду до розвитку юридичної освіти у Львівському університеті², що допоможе стати на передові місця у світовому рейтингу.

Виклад основного матеріалу. Заснований у 1853 р., Університет Мельбурна є другим найстарішим університетом в Австралії. Це державний дослідницький університет. Він складається з 10 коледжів, розташованих у головному кампусі³ та в сусідніх передмістях, які пропонують академічні, культурні й спортивні програми⁴. Університет Мельбурна часто посідає перше місце серед університетів Австралії у світовому рейтингу. Понад 46 % його студентів – іноземці. Цей навчальний заклад офіційно акредитований Департаментом освіти та навчання Австралії⁵.

Викладання права до 1873 р. в Університеті Мельбурна керувалось безпосередньо радою та викладацьким складом; не було жодної ради чи комітету, який би відповідав за факультет, і жодного керівника чи адміністратора, який би керував курсом права, крім викладачів та посадових осіб університету. Саме рада приймала рішення щодо деталей навчальної програми та розглядала скарги студентів на такі речі, як прогули та місце проведення лекцій. Інші дисципліни були в такому ж становищі. Не тільки в галузі права, а й загалом в університеті не було факультетів, які б відповідали за певні галузі навчання⁶.

Університет був настільки малим, що у 1872 р. налічував лише 134 студенти, з яких 53 вивчали право. На початку 1870-х рр. ситуація була сприятлива для змін. Комітет ради досліджував можливість розширення викладання права шляхом створення більшої кількості предметів та лекційних курсів і водночас, створивши новий орган, – факультет, який би контролював їх⁷.

Комітет ради назвав цю зміну створенням юридичної школи, і відтоді поняття «юридична школа» («школи права») та «юридичний факультет» часом є взаємозамінними термінами. Університет називав свої юридичні класи «школою права» протягом декількох місяців з моменту їх заснування в 1872 р.⁸ Іноді цей термін використовували і в іншому значенні (як дисципліни на іспитах з відзнакою). Незважаючи на неоднозначну термінологію, рада мала на увазі створення факультету та супутню реорганізацію викладання у 1872–1873 рр.⁹

Якщо подивитись у хронологічному зрізі, то можемо побачити, що юридична освіта у Львівському університеті сягає історично далі, а саме 20 січня 1661 р. – отримання диплома короля Яна II Казимира, де йшлося також і про викладання права. Але сьогодні більше світове визнання має Університет Мельбурна зі своєю правничою позицією, оскільки він швидше почав застосовувати міжнародний досвід у викладання та впровадження міжнародних стандартів у правовій освіті (у 2019 р. посів 41-у позицію у світовому рейтингу університетів)¹⁰.

© В.С. Кахнич, 2020

* *Volodymyr Kakhnych, Ph.D. in Law, Associated Professor of Ivan Franko National University of Lviv*

У продовження аналізу діяльності Університету Мельбурна зосередимо увагу на одному із статутів юридичного факультету. У ньому передбачалось, що до складу факультету входив декан, викладачі та юристи (будь-то судді чи адвокати) як члени ради університету. Членство на факультеті ніколи не обмежувалось викладацьким складом, хоча його представники, як правило, домінували на його засіданнях. Робота факультету була зв'язана з професією завдяки членству важливих сторонніх осіб. Формалізація цієї участі була перевагою структури викладачів, і не лише в галузі права.

Перші три факультети університету були створені для професійних дисциплін – юридичної, медичної та інженерної, де вони слугували меті залучення представників професій (спочатку тих, хто входив до ради університету) до роботи відповідних шкіл. За відсутності такого обґрунтування (і, можливо, задля того, щоб штатний персонал був під більш пильним прицілом ради), університет створив факультети мистецтв і наук лише в 1903 р., майже через 50 років після того, як почалося викладання з обох зазначених сфер.

Однією з функцій юридичного факультету було консультування ради з «усіх питань, що стосуються студій, лекцій та іспитів щодо ступенів права», а також з питань вибору викладачів та зовнішніх екзаменаторів¹¹. Він мав головуючого члена у формі декана, але його функції виходили далеко за рамки простого головування на засіданнях. Відповідно до статуту, декан «підконтрольного факультету здійснював загальний нагляд за адміністративними справами, пов'язаними з факультетом»¹².

На відміну від юридичного факультету Оксфорду чи Кембриджу, юридичний факультет Університету Мельбурна був створений із сильним виконавчим директором, тісно пов'язаним як з викладацьким складом, так і з центральними органами університету через членство в професорській раді. Деканат мав підтримку всередині факультету, а часом і значний вплив за його межами¹³.

Така значна увага особистості декана сьогодні також властива і юридичному факультету Львівського університету. Завдяки деканові Володимирі Бурдіну сьогодні факультету вдається бути в топі серед вибору абітурієнтів: у 2020/2021 навчальному році на факультет вступила рекордна кількість студентів за всю його історію – 459 студентів денної форми навчання (В. Бурдін робить багато для факультету та для юридичної освіти: завдяки йому Львівська правничка школа сьогодні посідає одні з перших місць в рейтингу в Україні, активно рухається в бік Заходу завдяки модернізації національної правової бази). Це також пов'язано з тим, що ректор Львівського університету професор Володимир Мельник сприяє роботі факультету. Тут теж потрібно згадати багаторічного декана – професора юридичного факультету Василя Нора, внесок якого у розвиток юридичної освіти та юридичного факультету Львівського університету є безцінний. Тенденції, впроваджені В. Норм, були визнані та користувались популярністю далеко за межами України. Наступником В. Нора був професор Андрій Бойко, який зумів продовжити напрям, започаткований його вчителем, та передати сьогоднішньому декану В. Бурдіну.

Отже, на прикладі Львівського університету бачимо, що для розвитку юридичної освіти важливими є постаті, які обіймають посаду декана.

У статуті Університету Мельбурна також йшлося про те, що члени факультету майже не мали прямого контролю за вибором декана. Відповідно до статуту університету, який створив факультет, призначення на посаду було б автоматичним після встановлення факультету права. Професор права став би деканом, виходячи зі статуту. До певного часу декана призначав університет¹⁴.

У 1889 р. статут було змінено (після створення третього факультету – інженерного). Використовуючи як зразок статут медичного факультету (створений в 1876 р.), новий, зведений статут зазначав, що декан кожного факультету повинен бути професором, а обирати декана мали члени факультету. Новий статут набрав чинності в 1893 р.¹⁵

Від самого початку навчальна програма була основою роботи факультету, хоча контроль над ним був далеко не цілковитим. Ще однією постійною частиною програм викладацького складу до 1960-х рр. було призначення викладачів нижче рівня професора (хоча й тут викладачі висловлювали рекомендації, а вже рада приймала рішення). Засідання, як правило, були короткими та офіційними. Скликані за потреби, вони відбувалися в середньому менше двох разів на рік за перші 20 років існування факультету.

Засідання ожили в 1880-х і 1890-х рр., коли члени спільної групи погодились на зміни курсу, і знову в середині ХХ ст., коли факультет виконував функції обговорюваного об'єднаного комітету співробітників і професіоналів. Однак більшу частину часу він лише схвалював рішення, що, як правило, вже були прийняті викладачами під керівництвом декана¹⁶.

Хоча юристи ради університету автоматично були членами юридичного факультету, їхня участь, як правило, була не рівномірною. У 1903 р. склад інших факультетів було розширено. Тепер рада могла призначати сторонніх експертів на факультети мистецтв, науки, сільського господарства та інженерії¹⁷.

У 1920 р. норма статуту щодо повноваження ради призначати сторонніх членів поширилася й на юридичний факультет. Незалежні викладачі, законні члени ради та декан мали, мабуть, достатні зв'язки з професією та широкою спільнотою, або принаймні з впливовими людьми, які мали найбільше значення для юридичної школи. У 1920 р. сім з одинадцяти членів факультету були законними членами ради, у тому числі двоє суддів – Генрі Хіггінс і Лео Куссен, голова газетної групи «Геральд» Теодор Фінк, який очолював дві королівські комісії з питань освіти, голова Національного банку сер Джон Грис, який також був віце-канцлером університету, член парламенту Агар Вінн та спікер Законодавчої асамблеї Джон Маккі, який також був лектором з питань капіталу. Список свідчить про важливість сторонніх осіб на факультеті та значну кількість юристів у раді¹⁸.

Висновки. Отже, шлях, який пройшов Університет Мельбурна, є корисним для вироблення рекомендацій щодо впровадження нововведень у нашу національну правову освітню систему в тій частині, що ставить наголос на виборі твердих, надійних, незалежних і самостійних очільників, котрі можуть власним прикладом показати та сформулювати пріоритети, які сьогодні вимагає суспільство.

Одна з важливих функцій юридичного факультету полягала в порадах, консультаціях з «усіх питань, що стосуються студій, лекцій та іспитів щодо ступенів з права», а також з питань вибору викладачів та зовнішніх екзаменаторів.

Також в Університеті Мельбурна юридичний факультет мав головуючого члена – декана, але його функції входили далеко за межі простого головування на засіданнях ради факультету. Відповідно до статуту, декан «підконтрольного факультету здійснював загальний нагляд за адміністративними справами, пов'язаними з факультетом». Ця позиція є цікавою та близькою нам, адже декани факультетів Львівського університету також здійснюють подібну роботу.

¹ URL: <https://up-study.ua/ru/posts/top-universitetov-mira-universitet-melburna-the-university-of-melbourne-unimelb-obzor-universiteta>

² Кахнич Володимир. Юридична освіта та наука у Львівському університеті (1661–1939): монографія. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2016. 320 +вкл.

³ Кампус (лат. campus – «поле», «відкритий простір») – університетське або корпоративне містечко.

⁴ Sheldon Rothblatt and Bjorn Wittrock, introduction to *The European and American University since 1800: Historical and Sociological Essays*, ed. Sheldon Rothblatt and Bjorn Wittrock (Cambridge University Press, 1993), 8.

⁵ URL: <https://worldscholarshipforum.com/uk/best-universities-melbourne/>

⁶ Selleck R.J.W. *Empires and Empiricism: The Teaching of History at the University of Melbourne, 1855–1936*. In *The Life of Past: The Discipline of History at the University of Melbourne, 1855–2005*, edited by Fay Anderson and Stuart Macintyre, Melbourne: Department of History, University of Melbourne, 2006, P. 3–38.

⁷ Selleck R.J.W. *The Shop: The University of Melbourne 1850–1939*. Melbourne: Melbourne University Press, 2003, P. 15.

⁸ Council Minutes, 25 May 1857; Selleck R.J.W. *The Shop*, 124a. University of Melbourne Archives.

⁹ Hear to Barry, 14 March 1873, Registrar's Miscellaneous Correspondence LAW, 200a.

¹⁰ URL: <https://up-study.ua/ru/posts/top-universitetov-mira-universitet-melburna-the-university-of-melbourne-unimelb-obzor-universiteta>

¹¹ Mackay to Council, 26 May 1873, Registrar's Miscellaneous Correspondence LAW, 403 a.

¹² Там само.

¹³ John Waugh. *Diplome Privilege: Legal Education at the University of Melbourne 1857–1946*. School of Historical Studies University of Melbourne. – August 2009. A 149–151.

¹⁴ John Waugh. *Diplome Privilege: Legal Education at the University of Melbourne 1857–1946*. School of Historical Studies University of Melbourne. – August 2009. A 151–152.

¹⁵ John Waugh. *Diplome Privilege: Legal Education at the University of Melbourne 1857–1946*. School of Historical Studies University of Melbourne. – August 2009. A 155–160.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ University of Melbourne, Calendar, 1904, 118.

¹⁸ John Waugh. *Diplome Privilege: Legal Education at the University of Melbourne 1857–1946*. School of Historical Studies University of Melbourne. – August 2009. A 155–162; University of Melbourne, Calendar, 1921, 68; Law Faculty Minutes, 22 November 1920, 469.

Резюме

Кахнич В.С. Становлення юридичної освіти в Університеті Мельбурна: міжнародний досвід для Львівського університету.

У статті автор досліджує становлення юридичної освіти в Університеті Мельбурна, її короткий та успішний шлях до світового визнання. Показує важливість дослідження такого вдалого прикладу для національної правової освіти. Висвітлює важливі дослідження відомих професорів-науковців, які працювали на юридичному факультеті Львівського університету і Університеті Мельбурна та розкриває їх внесок у дослідження юридичної освіти Мельбурна.

Автор статті стверджує, що досвід становлення юридичної освіти в одному з найстаріших правничих вузів Австралії – Університеті Мельбурна, що сьогодні входить в число провідних університетів світу, а також у 50 кращих освітніх установ світу, має важливе значення як приклад юридичної освіти для українських вузів і для Львівського університету зокрема, адже правнича освіта у Львівському університеті займає важливе місце у вихованні молодих спеціалістів на важливі державні посади.

Ключові слова: Університет Мельбурна, юридична освіта, юридичний факультет, міжнародний досвід і Львівський університет.

Резюме

Кахнич В.С. Становлення юридичного образования в Университете Мельбурна: международный опыт для Львовского университета.

В статье автор исследует становление юридического образования в Университете Мельбурна, его краткий и успешный путь к мировому признанию. Показывает важность исследования такого удачного примера для национального правового образования. Освещает важные исследования известных профессоров-ученых, работавших на юридическом факультете Львовского университета и Университета Мельбурна и раскрывает их вклад в исследование юридического образования Мельбурна.

Автор статьи утверждает, что опыт становления юридического образования в одном из старейших юридических вузов Австралии – Университете Мельбурна, который сегодня входит в число ведущих университетов мира, а также в 50 лучших образовательных учреждений мира, имеет важное значение как пример юридического образования для украинских вузов и для Львовского университета частности, ведь юридическая образование во Львовском университете занимает важное место при воспитании молодых специалистов на важные государственные должности.

Ключевые слова: Университет Мельбурна, юридическое образование, юридический факультет, международный опыт и Львовский университет.

Summary

Volodymyr Kakhnych. Formation of Legal Education at the University of Melbourne: International Experience for the University of Lviv.

In the article the formation of legal education at the University of Melbourne, its short and successful path to worldwide recognition is examined. The importance of researching such a successful example for national legal education is shown. Important research by well-known professors who have worked at the University of Lviv and the University of Melbourne is depicted, and their contribution to the study of legal education in Melbourne is revealed.

The author of the article shows that the experience of legal education in one of the oldest law schools in Australia – the University of Melbourne, which is now one of the world's leading universities, as well as 50 best educational institutions in the world, is important as an example of legal education for Ukrainian universities, in particular Lviv University. Legal education at Lviv University occupies a significant place in the education of young professionals for crucial government positions.

Founded in 1853, the University of Melbourne is the second oldest university in Australia. This is a state research university. It consists of 10 colleges located on the main campus and in the surrounding suburbs, which offer academic, cultural and sports programs. The University of Melbourne often ranks first among Australian universities in the world rankings. More than 46 % of his students are foreigners. This school is officially accredited by the Australian Department of Education and Training.

The teaching of law, until 1873 at the University of Melbourne, was governed directly by the board and faculty; there was no council or committee in charge of the faculty, and no head or administrator to lead the law course other than faculty and university officials. It was the council that decided on the details of the curriculum and considered students' complaints about things like absenteeism and lecture venues. Other disciplines were in the same position. Not only in the field of law, but in general, the university did not have faculties that would be responsible for certain areas of study.

The university was so small that in 1872 it had only 134 students, 53 of whom studied law. In the early 1870s, the situation was favorable for change. The council committee explored the possibility of expanding the teaching of law by creating more subjects and lecture courses, and at the same time, by creating a new body, a faculty to oversee them.

The council committee called this change the creation of a law school, and since then the terms "law school" ("law schools") and "law faculty" have sometimes been interchangeable. Law classes were called a "school of law" for several months after their founding in 1872. This term was sometimes used in another sense (as a discipline with honors). Despite the ambiguous terminology, the council meant the creation of the faculty and the accompanying reorganization of teaching in 1872–1873.

The author of the article argues that building a legal education in Ukraine is impossible without a proper study of the experience, knowledge and practical skills that existed at the University of Melbourne. The opinion is based on the fact that the organization of work, cooperation with students and involvement of a large number of foreigners remains a model to follow. This approach to cooperation and establishing contacts with their structure has made them famous and universally recognized worldwide. We can see this because the University of Melbourne is now one of the world's leading universities, as well as one of 50 best educational institutions in the world.

Key words: University of Melbourne, law education, law school, international experience and Lviv University.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.09

UDC 340.13

Y. BONDARENKO

*Yevheniia Bondarenko, Assistant of the Department,
Institute of Law, SHEI «Vadym Hetman Kyiv National
Economic University»**

ORCID: 0000-0003-0468-7949

LEGAL NATURE OF ADMINISTRATIVE PRECEDENT AS A SOURCE OF LAW

Statement of the problem and its relevance. There are various classifications of precedents in the scientific literature, among which the section of precedents by the authority that established it deserves special attention. Scientists usually talk about the existence of two types of precedents – judicial and administrative.

However, if a sufficient number of scientific works are devoted to the judicial precedent, then the administrative precedent has hardly been studied, most often scientists limited themselves to only indicating the fact of its exis-

© Y. Bondarenko, 2020

* *Євгенія Ігорівна Бондаренко, асистент кафедри Юридичного Інституту ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»*

tence. Therefore, it is important, while examining the place of a legal precedent among other sources of law, to focus on its types, and not to be limited only by a judicial precedent.

The purpose of the article is to study the legal nature of different types of legal precedent with an emphasis on the legal force of administrative precedent. The main features of a precedent as a source of law, as well as the peculiarities of its formation and functioning in different legal systems are considered.

Analysis of research and publications.

The *researches on the legal force of the precedent as a source of law* is not new, discussions on this topic have been going on for a number of years, both among domestic and foreign scientists. In particular, E. Jenks, W. Burnham, J. Baker, A. Dicey and others made a significant contribution to the development of this issue. Among the domestic scientists deserve special attention the works of D. Lukyanov, L. Luts, N. Onishchenko, N. Parkhomenko, S. Pogrebnyak, S. Shevchuk, Y. Shemshuchenko.

Presentation of the main article. Studying precedent as a source of law, the main focus was on judicial law-making, that is, judicial precedent, which is created by judges when considering specific cases, which in turn led to a certain need to consider other aspects of this law category.

It should be noted that scientists distinguish two approaches to understand the essence of an administrative precedent: either it is a decision of any administrative body, or a decision of a specialized authority for the consideration of disputes arising from administrative legal relations¹. Regarding the latter, it should be noted right away that, for example, in England there are special, quasi-judicial, bodies for considering administrative cases and disputes when the application of the law is associated with certain difficulties. These are different courts, administrations and commissions, operating under the UK Tribunals and Investigation Act of 1958, which was updated in 1971 to become the first general act to regulate the organization and operation of British administrative justice, namely, administrative tribunals and ministerial inquiries².

If we talk about the decisions of the administrative bodies of England, not related to the resolution of disputes, but taken in the manner of their implementation of the functions of executive bodies, then the following should be noted. As we know, it is not the entire decision as a whole that is obligatory for application in solving similar cases, but only that part of it that constitutes the argumentation, the basis for the decision. But the administrative authorities, as a rule, do not justify their decisions, they refer to a certain rule of law, and do not explain why this particular rule should be applied in this case, although such an explanation in itself could constitute the “ratio” of an administrative decision.

That is an interesting position of the American scientist W. Burnham, who points to the existence of two types of case law in the United States: 1) common law; 2) case law, interprets applicable laws. The difference between them lies in their place in the system of sources of American law. According to the scientist, if common law is a separate source of lawmaking, independent of the laws in force, then case law interprets the laws in force, in the hierarchy of sources of law takes the place of the law itself. The scientist suggests the following arrangement of sources of American law in order of decreasing influence and importance: 1) the federal Constitution; 2) federal laws, treaties and rules of court proceedings; 3) norms created by federal administrative bodies; 4) federal common law; 5) state constitutions; 6) laws and rules of state litigation; 7) rules created by state administrative bodies; 8) the common law of the states³.

Considering the features of the precedent as a source of law, it's necessary to note that precedents are historically associated with the process of resolving controversial legal issues, while decisions of administrative bodies are in fact decisions about facts⁴. Thus, even those court decisions that decide only questions of facts, and not law, are not precedents, since they no “ratio decidendi”. Based on this position, the decision of special, quasi-judicial, bodies on certain categories of cases do not represent an administrative precedent, since they are devoid of signs of a source of law. The administrative body, when making a decision, refers to a certain rule of law. But this means that the norm already exists, that is, the act of applying the law in this case creates a new norm, and, accordingly, is deprived of the most important sign of sources of law – the normative content. It follows from this that the division of precedents into administrative and judicial is built on a too free analogy between the activities of these various systems of state bodies.

However, in the scientific literature there is another position on this issue. The fact is that, as noted above, the source of law must have a number of features, including recognition by the state. With regard to the judicial precedent, this feature appeared in the doctrine of precedent, with respect to that part of it that defines the rules for the application of precedents and establishes their binding. However, in relation to the decisions of the administrative tribunals of Great Britain, this doctrine does not apply, formally not bound by their decisions, although they seek to follow them. As R. David notes that the authority that the administrative bodies recognize by their decisions is not exactly known. Perhaps they are close in meaning to the place of judicial practice in French law⁵.

Therefore, for them, precedent binding is not absolute. Thus, for them, precedent binding is not absolute. It might seem that, in this case, the decisions of the House of Lords do not create a precedent, since it may not follow them. However, the fact is that the House of Lords, in principle, is bound by its decisions, but can evade them, and the court is not bound, but tries not to deviate. In addition, the decision of the House of Lords is binding on all lower courts, which cannot be said for the tribunals, since they do not form a system.

So, it turns out that something called an “administrative precedent” could not have arisen in England, primarily because in English law there was no structure analogous to the French “droit administratif”. According to the theorist of constitutional law A. Dicey, the absence in the English language of the appropriate term for the expression “droit administratif” is explained by the fact that this name does not exist precisely because the subject itself is unknown.

In England and countries that, like the United States, received their civilization from England, the system of administrative law and the very principles on which it is based are completely unknown. However, characterizing French administrative law, the same author mentions that, unlike other branches of French law, its norms and principles are not codified, but represent a kind of “case-law” (case law), only produced not by a judge, but by government officials⁶. As you can see, it is in this analogy made by the English author that the answer to the question about the essence of the administrative precedent may lie.

The historical features of the formation of a precedent as a source of law have determined the presence, in addition to the general features inherent in all sources of law, certain features inherent exclusively in the precedent⁷.

Firstly, it is the fact that the precedent was and functions now precisely as a solution to a controversial legal issue. As shown above in considering the structure of precedent, decisions on cases of fact do not create a precedent. In addition, this feature of the precedent as a source of law makes it possible to separate it from the imperious decisions of state bodies, which were made not in the settlement of legal disputes, but in the manner of exercising their powers.

Secondly, one should pay attention to the obligatory nature of the principle established by the precedent for application in similar cases. The wording of legal norms in resolving a particular case determines the special nature of the norms and laws themselves, and consists of such norms. The rule of law, which constitutes the content of the precedent as a source of law, inevitably has a narrower character than the rule created by the legislature. R. David also paid attention to this, he wrote that the English rule of law is closely related to the circumstances of a particular case, it can be made more abstract, this would profoundly change the entire English law⁸. In principle, the translation of the English expression “legal rule” as “rule of law” to a certain extent distorts the idea of what the English rule of law really is. This is because in the minds of a lawyer who has received training in accordance with the “canons” of civil, codified law, the idea of a rule of law as a rule of general behavior established by the state and designed for repeated application is firmly fixed, which is an abstract model of behavior of people and social relationships. Such a rule is formulated for a certain typical situation, while the “legal rule” created by a judge when considering a case is intended to settle a specific situation. Regarding this, R. David notes that English law is an “open system”, it acts as a method that allows you to solve any issue, but does not contain norms to be applied in all controversial situations, in contrast to the “closed system” of Romano-Germanic law, where any issue can and must be resolved, at least theoretically, by interpreting the current rule of law⁹.

Thirdly, the narrowness of the rules created when resolving a particular case determines the following feature of case law as a whole, namely, the presence of gaps in it. Of course, the idea of a law in which there are no gaps seems to be an illusion at present. The presence of gaps in the law, including in countries belonging to the family of Romano-Germanic law, where the main source of law is a normative legal act, is not disputed. However, the gaps in the case law are of a different nature and have other reasons than in the codified one. The reason for the gaps in the case law is that the norm can only be formulated when a case is submitted to the court¹⁰. The judge, formulating the legal principle on which he bases his decision, cannot go beyond the scope of this case, that is, settle relations that may arise in the future, in connection with the emergence of this precedent, and will require a new rule, even if he foresees the occurrence of such a situation.

Conclusions. Thus, if the legislator can theoretically settle any relationship, and gaps arise because certain situations were not foreseen, then the judge, bound by the scope of the case, is not able to do this. The main task of the judge is to solve the case presented to him.

Gaps in case law are especially noticeable in the early stages of its formation. Of course, with the development of legislation and the increase in the importance of statutes, this problem is being overcome. The system of case law is supplemented by written law, which makes it possible to combine the abstractness of legislation with the detail of the precedent¹¹.

In a system where purely precedent is at work, it seems inevitable that there will be problems with gaps. However, it should be borne in mind that such gaps will be noticeable only if the right is fixed at some particular point in time. If we perceive law as a system that is constantly evolving, it turns out that every time there is a need for a norm regulating certain legal relations, the court creates it, relying on the existing level of development of society. In other words, the presence of gaps in the case law will be a problem only for a lawyer who operates in the categories of civil law, convinced that a judge cannot and should not create general rules in the process of solving a particular case. While this issue is not so important within the common law system, the question is, in fact, only how the judge will determine the principle that he decides to base his decision on.

Summing up the above, we can conclude that the principle of *stare decisis*, which historically developed in the conditions of the Anglo-Saxon legal family, acquires a new content in relation to the states of “civil law” (continental law) and adapts to the requirements of modern law. This principle, which initially provided for the obligation to make further decisions along the lines of the previous ones (strict adherence to case law), is currently not so strictly observed even in the countries of “common law”. In this regard, it seems unreasonable to deny such a phenomenon as, for example, an administrative precedent on the grounds that the decision of an executive authority or other “quasi-judicial” body does not meet the principle of *stare decisis*¹². Since, the obligation to further use administrative decisions as a legal guideline when considering such cases is ensured by the authority and professionalism of the relevant authorized bodies.

Reinforcing the assertion that an administrative precedent, like a judicial one, is a source of law, it is necessary to turn to the features inherent in a legal precedent, namely:

– the sign of casuistry is inherent in the legal precedent, since this source of law is as close as possible to a specific life case (incident), which requires a prompt decision and legal registration. Hence follows the retrospective (past-oriented) character of the precedent itself.

– the sign of a plurality of legal precedent is explained by an unlimited number of instances (judicial or executive bodies) that can create a legal precedent.

– a sign of the inconsistency of the legal precedent lies in the fact that the decisions of various state bodies in solving such cases may differ from each other. The fate of the precedent in such cases will largely depend on the outcome of the dispute over the competence of certain bodies to resolve a certain category of cases.

Considering the above, it can be argued that judicial and administrative precedents as types of legal precedent are an integral element of the system of sources of law of any country and act as a kind of legal provision formulated in an act of the relevant authorized state body: a court, an executive body, a “quasi-judicial” body of administrative justice, in the process of solving a specific legal issue in the absence or uncertainty of its legislative regulation, and act as a legal guideline in solving the following similar cases.

¹ Альманах права. Правова аналітика: доктринальні підходи та галузеві виміри. випуск 9. Київ : ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 2018. 512 с.

² Дженкс Э. Английское право. Ученые труды Всесоюзного института юридических наук. Москва, 1947. 378 с.

³ Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. Київ : Видавництво «Україна», 1999. 542 с.

⁴ Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Київ : Юридична думка, 2008. 219 с.

⁵ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва : Прогресс, 1988. 496 с.

⁶ Дайси А. Основы государственного права Англии: Введение в изучение английской конституции. 2-е изд. Москва : Типография Тов-ва И.Д. Сытина, 1907. 671 с.

⁷ Право і прогрес: запити громадянського суспільства / Ю.С. Шемшученко, Н.М. Оніщенко та ін. Київ, НВП «Видавництво “Наукова думка” НАН України», 2020. 367 с.

⁸ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва : Прогресс, 1988. 496 с.

⁹ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва : Прогресс, 1988. 496 с.

¹⁰ Baker J. H. Records, reports and the origin of the case-law in England. *Judicial records, law reports, and the growth of case law*. Berlin. 1989. 617 p.

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

¹² Бондаренко Є.І. Прецедент як джерело права в країнах романо-германської правової сім'ї. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2012. № 3/2012. С. 11–15.

Резюме

Бондаренко Є.І. Юридична природа адміністративного прецеденту як джерела права.

Стаття присвячена дослідженню юридичної природи адміністративного прецеденту як одного з видів правового прецеденту. Огляд наукових досліджень з даної тематики засвідчує, що в різні періоди проблематика юридичної сили правового прецеденту як джерела права і його різних видів була у фокусі уваги вітчизняних та зарубіжних вчених.

Науковці здебільшого розглядали прецедент як юридичний феномен, притаманний лише тим країнам, правові системи яких розвивалися під впливом англійського права в межах англо-американської правової сім'ї, ігноруючи при цьому його фактичне існування як джерела права в інших правових системах світу, де він де-юре не визнавався джерелом права з боку держави, але де-факто застосовувався.

У науковій літературі існують різні класифікації прецедентів, серед яких на окрему увагу заслуговує поділ прецедентів за органом, що їх встановив. Досліджуючи місце правового прецеденту серед інших джерел права, важливо акцентувати увагу на його видах, а не обмежуватися лише судовим прецедентом, оскільки, як правило, учені говорять про існування кількох видів прецедентів – судового та адміністративного. Проте якщо судовому прецеденту присвячена значна кількість наукових праць, то адміністративний прецедент майже не досліджувався, найчастіше науковці обмежувалися лише зазначенням факту його існування, що в свою чергу зумовило певну однобічність дослідження проблематики правового прецеденту.

У статті розглянуто правову природу різних видів прецеденту з акцентом на юридичній силі адміністративного прецеденту, проаналізовано його основні ознаки як джерела права, а також особливості формування та функціонування в різних правових системах.

Ключові слова: джерело права, правовий прецедент, юридична сила, правова сім'я, судовий прецедент, адміністративний прецедент.

Резюме

Бондаренко Є.І. Юридическая природа административного прецедента как источника права.

Статья посвящена исследованию правовой природы административного прецедента как одного из видов правового прецедента. Обзор научных исследований по данной теме показывает, что в разные периоды вопрос о юридической силе правового прецедента как источника права и его различных видов находился в центре внимания отечественных и зарубежных ученых.

Однако, рассматривая прецедент как источник права, основное внимание уделялось судебному законотворчеству, то есть судебному прецеденту, который создается судьями при рассмотрении конкретных дел, что в свою очередь привело к определенной односторонности исследования.

В статье обозначена необходимость исследования правовой природы различных типов прецедентов с акцентом на юридической силе административных прецедентов. Рассмотрены основные признаки прецедента как источника права, а также особенности его формирования и функционирования в различных правовых системах.

Ключевые слова: источник права, правовой прецедент, юридическая сила, правовая семья, судебный прецедент, административный прецедент.

Summary

Yevheniia Bondarenko. Legal nature of administrative precedent as a source of law.

The article deals with the study of the legal nature of administrative precedent as one of the types of legal precedent. A review of scientific research on this topic shows that in different periods the issue of the legal force of legal precedent as a source of law and its various types have been in the focus of domestic and foreign scholars.

However, examining precedent as a source of law, the main focus was on judicial lawmaking, that is, judicial precedent, which is created by judges when considering specific cases, which in turn led to a certain one-sidedness of the study.

The article identifies the need to study the legal nature of different types of legal precedent with an emphasis on the legal force of administrative precedent. The main features of precedent as a source of law, as well as the peculiarities of its formation and functioning in different legal systems are considered.

Key words: source of law, legal precedent, legal force, legal family, judicial precedent, administrative precedent.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.10

УДК 340.12:004

О.Є. ЖУК

*Олександр Євгенійович Жук, аспірант Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна**

ORCID: 0000-0002-0495-5643

ТЕНДЕНЦІЇ ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНОЇ СКЛАДОВОЇ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Постановка проблеми. Інтенсивний та хаотичний розвиток інноваційних технологій відкриває перед суспільством нову парадигму організації управлінських і соціально-економічних процесів. Разом із тим сьогодні роль інноваційних технологій вже не зводиться суто до економічної сфери суспільних відносин, як це було раніше. Інформаційні технології стають основним атрибутом інноваційного розвитку сучасного суспільства та набувають колосального значення у всіх сферах суспільного життя, включаючи правову реальність та, зокрема, правову культуру.

Правова культура в контексті активного розвитку інформаційного суспільства відіграє визначальну роль, адже вона – «це культура і економіки, і політики, і соціального, і духовного життя, це культура міжособистісних відносин людей, це культура формування і реалізації прав людини»¹. Особливого гострого соціального зазначення ці процеси набувають саме в аспекті розгляду сучасних тенденцій державотворення в Україні. Розповсюдження правового нігілізму у більшості населення, етатизм, недовіра до інститутів публічної влади значної частини Українського народу – чинники, які становлять загрозу існуванню національної державності. Інформаційний компонент правової культури відіграє важливу роль у цих процесах, адже інформація є тим «ґрунтом», на якому формуються правові переконання і установки населення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання розвитку правової культури досліджували В.Д. Бабкін, О.Г. Данилян, О.П. Дзьобан, О.С. Дьоміна, Н.М. Оніщенко, О.В. Осика, О.В. Петришин, Г.О. Попадинець та інші. Вплив інформаційної функції на правову культуру суспільства досліджувала О.М. Макеєва. Саме позиції зазначених науковців стали ідейною основою статті.

Метою статті є виокремлення і розкриття сутності тенденцій інноваційного розвитку інформаційної складової правової культури населення в Україні на сучасному етапі державного розвитку.

Виклад основного матеріалу. Правова культура охоплює матеріальну і духовну сторони буття суспільства і, як явище соціальне, відображає якісний стан правового життя суспільства на кожному етапі його розвитку. Розвиток правової культури зумовлюється історичними, соціально-економічними, політичними умовами, які об'єктивно складаються в суспільстві, ступенем гарантованості державою та громадянським суспільством прав і свобод людини².

Поняття правової культури – багатомірне, багатоаспектне. Тому для його теоретико-правового аналізу використовуються різноманітні методологічні підходи і конструкції. Серед них: суб'єктивний, діяльнісний, антропологічний, технологічний, якісний, соціологічний, аксіологічний тощо³. Ми віддамо перевагу аксіологічному підходу, адже він характеризує культурологічні явища з точки зору цінностей як основного ядра і сутнісного призначення правової культури. У цьому контексті слід звернути увагу на безпрецедентну

до сьогодні вразливість цінностей та їх хаотичну трансформаційність в сучасному інформаційному суспільстві.

О.С. Дьоміна зазначає, що правова культура – це комплекс цінностей, властивих певному історичному періоду. Зокрема, правова культура є багатозначною характеристикою однієї з найважливіших сторін життя суспільства, невід’ємним складником його загальної культури, що містить правові цінності та норми в правовій сфері суспільного життя⁴.

Ми стоїмо на позиції, що до структурних компонентів правової культури слід віднести такі елементи: 1) раціонально-ідеологічний – домінуючі в суспільстві знання і уявлення про різноманітні аспекти правового життя суспільства; 2) емоційно-психологічний – відчуття та переживання, на які випробовують соціальні суб’єкти у зв’язку з їх участю у правовідносинах; 3) настаново-поведінковий – правові настанови та відповідні стереотипи поведінки, які сприяють переведенню уявлень і цінностей у площину практичної реалізації; 4) права людини – головна цінність та сутність права; 5) правові норми та правові принципи – головний ціннісний орієнтир і регулятор правової поведінки у суспільстві та інститути, що їх об’єднують; 6) механізм правового регулювання – система правових засобів, способів і форм, за допомогою яких нормативність права переводиться в упорядкованість суспільних відносин, задовольняються інтереси суб’єктів права, встановлюється і забезпечується правопорядок («належне» у праві стає «сущим»)⁵; 7) юридичну техніку – всі методи, засоби і правила, через використання яких відбувається формалізація права⁶. У кожному із зазначених елементів прослідковується інформаційна складова, яка виконує забезпечувальну роль для змін і еволюції правової культури.

Структурний (статичний) аспект правової культури характеризує її склад, внутрішню будову, а функціональний (динаміка) – виникнення, розвиток і взаємодію елементів правової культури між собою і з іншими соціальними явищами, насамперед моральною, політичною та іншою культурами⁷. Інформаційна складова, у зазначеному контексті, є пронизуючим компонентом усієї структури правової культури та перебуває у постійній динаміці. Через розкриття такої динаміки ми здійснимо через виокремлення основних тенденцій інноваційного розвитку інформаційного компонента правової культури.

Перша тенденція полягає у тому, що інформаційна складова формує уявлення про право та відповідну його оцінку (пізнавально-оціночна тенденція). Залежно від змісту правової інформації у суб’єкта формується відповідне відношення до права, що складається з емоційно-почуттєвих (настрої, емоції, почуття, переживання), раціонально-ідеологічних (принципи, концепції, теорії, поняття) та поведінкових (мотиви та установки) компонентів. А залежно від форми правової інформації – ефективність донесення такої інформації до суб’єкта та її засвоєння.

Важливість першої тенденції підтверджується тим, що історично українське суспільство має специфічні правові переконання. У свідомості українця історично склалися неоднозначні уявлення про національні, політичні, культурні та навіть релігійні цінності, а відтак – і те, якою повинна бути «ідеальна справедливість». Ця загальнонаціональна проблема посилює свій негативний прояв у зв’язку з такими деформаціями правосвідомості, як політико-правовий нігілізм та політико-правова ідеалізація. Ці явища хоча й виглядають діаметрально протилежними сторонами правової свідомості, однак у розрізі правової культури українського суспільства становлять єдине ціле. Відтак, українці на кожному етапі державотворення сподіваються на покращення, ідеалізуючи прихід нової влади та появу нових реформ, однак згодом відчують ще більше розчарування та пригнічення.

Разом із тим слід зазначити, що у перехідних суспільствах, де відбувається зміна системи цінностей, правосвідомість має низку особливостей, зокрема: амбівалентність – наявність «старої» і «нової» систем цінностей; мотиваційну невизначеність; поведінкову непослідовність; відсутність необхідних знань про правову систему; превалювання звичаїв над позитивним правом; терпиме ставлення до неправових засобів вирішення конфліктів; звернення до традицій та нехтування правом; домінування патерналістських настанов у правосвідомості над активістськими; прагнення впорядкувати власний життєвий світ і сподівання на раціоналізацію соціуму на мікро- та макрорівнях, не спираючись на правові норми; поступове збільшення правової та загальносоціальної активності⁸.

Одним із головних завдань українського суспільства сьогодні є розвиток так званої «медійної правосвідомості», що полягає у здобутті навичок критичного мислення, заснованого на логічно-раціональному сприйнятті політико-правових явищ та процесів. Такий підхід допоможе розвинути медійну грамотність – толерантність до інформаційних маніпуляцій та дезінформації, а також сформує сталі стереотипи у галузі емоцій, почуттів та переживань.

Друга тенденція зводиться до того, що інформаційна складова забезпечує комунікацію між людьми як носіями правової інформації (комунікаційна тенденція). У цьому аспекті рівень правосвідомості прямо впливає на ефективність обміну правовою інформацією (правовідносин). Особливо це відчутно у політичній сфері. Так, громадяни часто не відчувають межі між політикою і правом. Нині часто будь-яке, навіть суто правове (неполітичне) явище має яскраве політичне забарвлення в українському інформаційному просторі. Такий процес є особливо небезпечний в умовах розвитку правової демагогії, «яка передбачає суспільно-небезпечний, умисний, зовнішній ефектний вплив окремої людини (суспільних об’єднань) на почуття, знання, дії людей за допомогою формування у них неправдивого, викривленого уявлення про правову дійсність для досягнення власних корисливих цілей, які зазвичай прикриваються мотивами забезпечення інтересів населення та держави»⁹. Відтак часто правова інформація є дезінформаційною за сутністю. Зокрема, відбу-

вається це й через те, що українське суспільство ментально більше схильне до емоціно-психологічного, ніж логічно-раціонального світосприйняття, тому ідеологічно різні політичні сили використовують цей психологічний компонент в своїх цілях, маніпулюючи почуттями та емоціями громадян. Слушною у продовження цього видається позиція О. Даниляна про те, що рівень правової свідомості громадян України, який існує на цей час, потребує значного підвищення і доведення в найближчій перспективі до рівня правової свідомості демократичного суспільства¹⁰.

Однак варто розглядати цифрову правосвідомість на різних рівнях. Так, скажімо, участь в онлайн петиції є проявом буденної цифрової правосвідомості, а, наприклад, використання правозахисником онлайн-інструментів протидії домашньому насильству – професійної. У контексті дослідження тенденцій розвитку професійної цифрової правосвідомості варто зазначити дію в Україні «Національної онлайн-платформи з цифрової грамотності», в рамках якого можна отримати *цифро-правове виховання*. У рамках цієї платформи існує освітній серіал «Цифрові юристи», метою якої є надати огляд технічних юридичних сервісів, пояснити технологію Blockchain та навести приклади її застосування в юридичній діяльності, пояснити, що таке смарт-контракти та як на практиці замінити паперові стандартні угоди смарт-контрактами, а також багато іншого¹¹.

Третя тенденція передбачає, що інформаційна складова забезпечує виконання регулятивно-охоронної функції права, адже інформаційні інновації породжують права людини як учасника інформаційних відносин (право до доступ та використання інтернету, право на цифровий статус особистості, право на цифрове забуття тощо), формують нові принципи розвитку цифрової реальності, є передумовою для створення відповідної нормативної бази, нових для юридичної доктрини знань.

Україна – одна з перших у світі держав, де можливо користуватися е-паспортом без потреби пред'являти паперового чи пластикового аналогу¹². Тому сьогодні можна впевнено говорити про те, що українська держава одна з перших у світі починає відкривати для своїх громадян четверте покоління прав людини, зокрема, «цифрові права». У сучасній правовій науці формується потреба в активному дослідженні впливу цифровізації на правову дійсність, її впливу на вдосконалення механізму правового регулювання¹³. В умовах формування правової держави особливого значення набуває забезпечення на конституційному рівні цифрових прав особистості у віртуальному просторі, що являють собою конкретизацію універсальних прав людини на основі закону, і правозастосовувальних актів¹⁴.

Цифрові права, передусім як можливість особи бути суб'єктом правовідносин (конституційних, адміністративних, цивільних, трудових, тощо) в рамках цифрової реальності, не може не відкривати перед людиною новий світ цифрових можливостей у правовій сфері. Однак, разом з тим, варто розуміти й міру небезпеки, яка пов'язана з кіберпростором і цифровим статусом особистості, зокрема.

Так, по-перше, все більш значущою стає проблема «цифрового прайвесі» – недоторканності приватного життя в умовах цифрової реальності. Як слушно зазначає В. Серьогін, кіберпростір має бути «безпечною зоною» з точки зору недоторканності приватного життя, що вимагає розробки й запровадження системи відповідних нормативних, організаційних та технологічних заходів з боку держави¹⁵. Крім цього, в контексті прайвесі варто наголосити на необхідності нормативного регулювання так званого «права на забуття» (англ. *right to be forgotten*) – можливості особи в судовому порядку видалити будь-якої персональної інформації, що її стосується, із цифрових мереж, тобто посилань на ті дані, які, на її думку, можуть завдати їй шкоди. Однак, як слушно наголошують В. Буга та Д. Турбін, «щоб уникнути цензури та «переписування історій», такі новели повинні стосуватися лише непублічних осіб. Необхідна розробка критеріїв визначення публічності особи та умов реалізації права на забуття»¹⁶.

По-друге, наявність цифрових прав природно порушує питання про *цифрову рівність* – тобто рівність усіх в цифровому просторі. Цифрова рівність може бути забезпечена передусім загальним, безперешкодним доступом до інтернету, що, здебільшого, є одним із основних завдань Міністерства цифрової трансформації України¹⁷. У цьому контексті можна відмітити деякі успіхи на рівні законодавчого регулювання. Так, Верховною Радою України нещодавно було прийнято Закон України «Про електронні комунікації», покликаний забезпечити кращу доступність, в тому числі і цінову, до інтернету та голосового зв'язку¹⁸.

Поступово набуває розвитку «цифрова безбар'єрність» – можливість бути суб'єктом цифрових правовідносин (отримувати електронні послуги, брати участь в електронному голосуванні, працювати та навчатися онлайн тощо) незалежно від віку, стану здоров'я тощо. У цьому контексті Президентом України було прийнято Указ «Про забезпечення створення безбар'єрного простору в Україні»¹⁹, що є, безумовно, хорошим кроком на шляху до ефективного забезпечення прав людини у цифровому просторі.

По-третє, за умови переходу суспільства в цифровий простір у людини завжди повинно залишатися право на «цифрове відчуження». Тобто права особи не можуть бути обмеженими у разі її відмови вступити в цифрові правовідносини. Це право стосується, до речі, можливості ігнорування не лише інституту цифрового статусу особистості, а й таких електронних інструментів, як, скажімо банківські рахунки. Так, наприклад, у цьому сенсі вбачається неоднозначним запровадження урядом України проєкту «Монетизація одноразової натуральної допомоги «пакунок малюка» у 2020–2021 роках», відповідно до якого встановлюється обов'язкова умова наявності рахунку в банку для отримання соціальної допомоги²⁰.

Передусім стає можливим процес оптимізації отримання публічних послуг. Публічні органи не повинні мати права вимагати паперові документи, якщо особа є хоча б в одному державному реєстрі. Словом, однією з цілей Міністерства цифрової трансформації України до 2024 р. є переведення 100 % публічних послуг гро-

мадянам та бізнесу в онлайн²¹. Така мета виглядає досить амбітною та примарною. Однак за умови ефективного функціонування *інститутів цифрового статусу особистості, цифрової ідентифікації особистості, цифрового підпису*, а також ефективної та узгодженої роботи державних реєстрів реалізація такої ініціативи є досить вірогідною.

Також стає можливим розвиток *інституту цифрової демократії*, що надасть можливість ефективніше реалізувати конституційний принцип народовладдя в Україні як на загальноукраїнському, так і на місцевому рівні. Більше того, цифрові інструменти можуть забезпечити ефективну комунікацію громадянського суспільства з державою, що, в свою чергу, підвищить рівень авторитету та поваги до влади.

Серед інших публічно-правових питань у сфері цифровізації, які стоять на порядку денному, є обіг віртуальних грошей. Так, нещодавно ВРУ було прийнято за основу проект Закону України «Про віртуальні активи», покликаний врегулювати правовідносини у сфері обігу віртуальних активів, зокрема, криптовалют²².

Четверта тенденція полягає у тому, що інформаційна складова є передумовою для створення інформаційних баз даних та цифрових інструментів, які забезпечують оптимізацію функціонування права та юридичної практики, (інтегративна тенденція). На ефективність роботи цієї функції впливає, зокрема, цифрова трансформація юридичної техніки. Так, наприклад, 12 січня 2021 р. в Україні було презентовано Єдину онлайн-платформу для взаємодії органів влади та інститутів громадянського суспільства «Взаємодія», що стане єдиним майданчиком, на базі якого можна буде отримати урядову інформацію (новини, контакти ОВК, публічні звіти тощо) та консультації з приводу нормативно-правових актів, долучитися до обговорення державних рішень, подати звернення, петиції, проголосувати за кандидатів до складу громадських рад при органах виконавчої влади, взяти участь у конкурсі проектів інститутів громадянського суспільства тощо²³.

Також набуває все більшої актуальності питання правового регулювання електронного судочинства. «Електронний суд», на який в Україні покладали багато надій, станом на кінець 2020 р. себе так і не виправдав. Ті проблеми судочинства, які існували в українській судовій системі (перезавантаженість справами, корупція, слабкий рівень доступу до правосуддя тощо), залишилися невирішеними. Як зазначає суддя Окружного адміністративного суду міста Києва Р. Арсірій, «події, які відбуваються в судовому діловодстві та називаються розробниками “діджиталізацією”, насправді, важко віднести до процесів впровадження новітніх технологій у судочинство»²⁴.

Безумовно, такі тенденції є чинниками формування довіри громадянського суспільства до держави. Тим більше, в такому випадку з'являється можливість громадськості долучитися до нормотворчого процесу, що також позитивно впливає на розвиток демократичної правосвідомості. Крім того, онлайн-участь в процесах е-демократії не лише на загальнонаціональному, а й, скажімо, на локальному рівні сприяє розвитку громад та інституту місцевого самоврядування в Україні.

Висновки. Інформаційна складова правової культури відіграє важливу роль у правовому прогресі українського суспільства. Зазначений компонент перебуває у постійному багатомірному розвитку, а також генерує та зберігає духовні й інтелектуальні ресурси суспільства. Завдання держави і юридичної спільноти полягає у тому, щоб визначити вектори подальшого розвитку сфери правової інформації, що відповідає стратегічним цілям розбудови успішної демократичної, правової держави.

¹ Керимов Д.А. Культура и техника законотворчества, Москва: Юрид. лит., 1991. С. 21.

² Зайчук О.В., Оніщенко Н.М. Порівняльне правознавство (теоретико-правове дослідження): монографія / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Вид-во «Фенікс», 2007. 430 с. ISBN 978-966-651-450-2

³ Клімова Г.П. Структура та функції правової культури. *Вісник юридичної академії України імені Ярослава Мудрого*. 2011. Вип. 11. С. 292–298.

⁴ Дьоміна О.С. Формування правової культури студентської молоді в умовах сучасного українського суспільства: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2007. 217 с.

⁵ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник / пер. з рос. Харків: Консум, 2001. 656 с.

⁶ Клімова Г.П. Структурно-функціональний підхід до аналізу правосвідомості. *Вісник Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого: зб. наук. праць*. Харків: Право, 2012. № 3(13). С. 20–27 (Серія «Філософія, філософія права, політологія, соціологія»).

⁷ Скакун О. Теорія держави і права. Харків, 2005. 380 с.

⁸ Калиновський Ю.Ю. Правосвідомість українського суспільства: генеза та сучасність. Харків: Право, 2008. 288 с.

⁹ Теория государства и права: учеб. пособ.: консп. лекций в схемах и определениях / под ред. Л.В. Смирнова. Москва: Книж. мир, 2004. 309 с.

¹⁰ Данильян О.Г. Деякі проблеми формування правової культури в сучасній Україні. *Правова культура і громадянське суспільство в Україні: стан і перспективи розвитку*. Київ, 2009. С. 8–10.

¹¹ «Цифрові юристи» – серіал, створений Міністерством цифрової трансформації за підтримки Координатора проектів ОБСЄ в Україні та за підтримки американського народу, наданої через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID). URL: <https://osvita.diaa.gov.ua/courses/digital-lawyers>

¹² Прес-офіс Міністерства цифрової трансформації України. URL: <https://thedigital.gov.ua/news/tsifrovi-pasporti-vzhedostupni-v-mobilnomu-zastosunku-diya>

¹³ Правовое пространство и человек: монография / Н.В. Власова, С.А. Грачева, М.А. Мещерякова и др.; отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Е.В. Пуляева, Н.И. Хлуденева. Москва, 2012.

¹⁴ Зорькин В.Д. Право в цифровом мире. Размышления на полях Петербургского международного юридического форума. *Российская газета. Столичный выпуск*. 2018. № 7578 (115).

¹⁵ Серьогін В.О. Кіберпростір як сфера захисту прайвеси. *Право і суспільство*. 2011. № 1. С. 73–79. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2011_1_17

¹⁶ Буга В.В., Турбін Д.О. Право на забуття в системі захисту персональних даних. *Правовий часопис Донбасу*. 2020. № 1 (70). С. 46–53.

¹⁷ Положення про Міністерство цифрової трансформації України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/856-2019-%D0%BF#n12>

¹⁸ Інформаційне управління Апарату Верховної Ради України / Інформація від 16.12.2020 р. URL: <https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/200965.html>

¹⁹ Про забезпечення створення безбар'єрного простору в Україні: Указ Президента України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533/2020#Text>

²⁰ Деякі питання реалізації пілотного проекту з монетизації одноразової натуральної допомоги “пакунок малюка”: Постанова Кабінету Міністрів України від 29.07.2020 р. № 744. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/744-2020-%D0%BF#n24>

²¹ Офіційний вебпортал Міністерства цифрової трансформації України. URL: <https://thedigital.gov.ua/ministry>

²² Про віртуальні активи: проект Закону України. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110

²³ Вебсервіс національної онлайн-платформи е-демократії «ВзаємоДія». URL: <https://vzaemo.dia.gov.ua>

²⁴ Руслан Арсірій. Блог «Діджиталізація не може починатись там, де закінчуються марки». URL: <https://cutt.ly/DjQwimX>

Резюме

Жук О.Є. Тенденції інноваційного розвитку інформаційної складової правової культури України: теоретико-правовий аспект.

Досліджено теоретико-методологічні питання правової культури. Сформульовано власну наукову позицію щодо структури та функцій правової культури. На основі структурно-функціонального зрізу правової культури виокремлено основні тенденції впливу інформаційних інновацій на правову культуру України.

Ключові слова: право, правова культура, правосвідомість, правові відносини, цифрові права, цифрова правосвідомість, цифрові правовідносини.

Резюме

Жук А.Е. Тенденции инновационного развития информационной составляющей правовой культуры Украины: теоретико-правовой аспект.

Исследованы теоретико-методологические вопросы правовой культуры. Сформулирована собственную научную позицию касательно структуры и функций правовой культуры. На основе структурно-функционального среза правовой культуры выделены основные тенденции влияния информационных инноваций на правовую культуру Украины.

Ключевые слова: право, правовая культура, правосознание, правовые отношения, цифровые права, цифровое правосознание, цифровые правоотношения.

Summary

Oleksandr Zhuk. Trends of innovative development of the information component of the legal culture of Ukraine: theoretical and legal aspect.

Theoretical and methodological issues of legal culture are investigated. We formulated our own scientific position concerning the structure and functions of legal culture. On the basis of the structural and functional cross-section of the legal culture the main trends in the influence of information innovations on the legal culture of Ukraine are highlighted. The four main trends in the development of the information component of the legal culture of Ukraine have been identified.

The first trend reveals the influence of information on the legal awareness of Ukrainians. One of the main tasks of the Ukrainian society today is to develop the so-called “media competence”, which is based on the skills of critical thinking, based on a logical and rational understanding of political and legal phenomena and processes. This approach will help to develop digital literacy – tolerance to information manipulation and disinformation, as well as to form stereotypes in the sphere of emotions, feelings and experiences.

Another trend reveals the influence of the information society on the communication function of the legal culture. The bearers of legal information must have digital legal awareness to participate in effective communication.

The third trend assumes that the informational structure ensures the performance of the regulatory and protective function of law, because informational innovations generate the rights of people as participants in information relations (the right to access and use the Internet, the right to digital status of an individual, the right to digital oblivion, etc.), form new principles for the development of digital reality, is a prerequisite for the creation of the appropriate regulatory framework, new for the legal doctrine of knowledge.

The fourth trend is that the information warehouse is a prerequisite for the creation of information databases and digital tools, which ensure the optimization of the functioning of law and legal practice (integrative trend). The efficiency of this function is influenced, in particular, by the digital transformation of legal technology.

Key words: law, legal culture, legal identity, legal relations, digital rights, digital legal identity, digital legal relations.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.11

УДК 343.622(477.83/.86)“1852/1932”

Х.В. ПЕРЕПЕЛИЦЯ

*Христина Василівна Перепелиця, аспірантка Львівського національного університету імені Івана Франка, слідчий Залізничного відділу поліції Головного управління Національної поліції у Львівській області**

ORCID: 0000-0002-0999-7949

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ДІТОВБИВСТВА ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ АВСТРІЇ 1852 Р.

Постановка проблеми. Загальний кримінальний закон від 27 травня 1852 р., відомий як Австрійський кримінальний кодекс 1852 р. (далі – КК Австрії), діяв у самій Австрії аж до 1974 р., а в Галичині – до 1932 р., тобто до введення в дію Кримінального кодексу Польщі 1932 р.¹ Фактично цей кодекс був новою редакцією Кодексу 1803 р.², відомого під назвою Францішкана. Починаючи із середини ХІХ ст. в Австрійській імперії зростає інтерес до питання кримінально-правової характеристики дітовбивства, що було зумовлено зростанням суспільного інтересу до вказаної категорії злочинів, їхнім суспільним резонансом та низьким розкриттям³. Останнє твердження можна обґрунтувати статистичними даними. З 1886 р. по 1888 р. у Королівстві Галичини та Володимирії з Великим князівством Краківським і князівствами Освенцима і Затору (до складу якого і входила Галичина в часи перебування у складі Австрії та Австро-Угорщини) за статтею дітовбивство не було винесено жодного обвинувального вироку⁴.

Ще більшої ваги предмету дослідження надає той факт, що юриспруденція з найдавніших часів і до сьогодні не сформувала чіткої позиції стосовно вказаного діяння. Переоцінка вказаного явища відбувалась протягом існування людства і сьогодні ще не завершилась, адже навіть країни-учасниці Європейського Союзу не мають однакової позиції у питаннях кримінально-правової характеристики цього виду вбивства⁵. Певні метаморфози в оцінці вказаного явища відбувались і на західноукраїнських землях за часів австрійського панування. Вважаємо, що висвітлення цієї проблеми є достатньо новим для науки історії держави і права України та кримінального права України⁶. Крім того, ставимо собі за мету звернути увагу вітчизняних дослідників розвитку вітчизняного кримінального права на той факт, що ми не можемо вважати повним дослідження, у якому провели ретельний, огляд генезису кримінальної відповідальності за вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини на українських землях у складі Російської імперії і оминули увагою розвиток аналогічного інституту на українських землях, що перебували у складі Речі Посполитої, згодом Австрії та Австро-Угорщини і міжвоєнній Польщі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Хоча такий вид злочину, як дітовбивство, є далеко не новим, однак віднайти дослідження вітчизняних науковців, які б прямо стосувались предмета нашого дослідження, важко. Опосередковано даним питанням цікавились В. Вахгольц, С. Глясер, Е. Кжимуський, О. Сосніна, П. Стебельський.

Формулювання мети статті. Враховуючи, що проблема дітовбивства на українських землях у середині ХІХ – першій третині ХХ ст. досі залишається нерозкритою, ми поставили собі за мету дослідити розвиток інституту кримінальної відповідальності за дітовбивство на українських землях у вказаний проміжок часу відповідно до положень КК Австрії 1852 р.

Виклад основного матеріалу. Насамперед слід зазначити, що відповідно до чинного у ХІХ ст. – на початку ХХ ст. на території Галичини законодавства використовували двочленну класифікацію злочинів, які умовно можемо назвати злочинами та кримінальними проступками⁶. Дітовбивство належало до першої групи, і покарання за нього встановлювали відповідно до КК Австрії 1852 р. Дітовбивство, як і вбивство, тяжкі тілесні ушкодження та поєдинок, належало до «злочинів проти безпеки життя та тіла»⁷. Тут слід зауважити, що КК Австрії 1852 р. окремо виділяв склад злочину вбивство з обтяжуючими обставинами (мордування) та просте вбивство, умисне, але без заздалегідь обдуманого умислу чи неумисне. З огляду на те, що законодавець у § 139 не вживав термін «мордує», а натомість уживав термін «вбиває»⁸, можна зробити висновок, що він у будь-якому випадку кваліфікував дітовбивство як різновид простого вбивства, тобто такого, що характеризується афектованим умислом.

© Х.В. Перепелиця, 2020

* *Khrystyna Perepelytsia, Postgraduate student of Ivan Franko National University of Lviv, investigation officer of the Zaliznychny Police Department of the Main Directorate of the National Police in Lviv region*

** З огляду на те, що сучасна і тогочасна термінологія не збігаються, тут і далі ми будемо використовувати автентичну термінологію. Якщо це буде можливим і доречним, ми будемо проводити аналогії з сучасним кримінальним законодавством України.

За Кодексом 1852 р. чітко розмежовували дітовбивство, тобто те діяння, яке у Кримінальному кодексі України (далі – КК України) загалом передбачене у ст. 117 Умисне вбивство матір'ю новонародженої дитини⁹ та зганняння плоду*, що зараз частково охоплюється положеннями ст. 134 Незаконне проведення абортів або стерилізації¹⁰. Стосовно зганняння плоду, то відповідно до § 144 КК Австрії, воно завжди було кримінально караним діянням, що могло бути вчинене лише з прямим умислом¹¹. Воно могло бути вчинене як механічним способом, так і за допомогою вживання певних ліків чи трав, або ж шляхом стимулювання пологів та проведення їх таким чином, щоб дитина при народженні загинула. Об'єктом правової охорони у такому випадку завжди було життя ненародженої дитини з моменту зачаття до 30 тижнів¹². Щодо дітовбивства, яке було передбачене § 139 КК Австрії, то у розумінні тогочасного законодавця воно могло бути вчинене як у лоні матері, щодо дитини після 30 тижнів вагітності, так і поза лоном матері після народження дитини живою¹³.

Поглиблений аналіз складу злочину дітовбивства дає підстави вважати, що потерпілою у даному виді злочину могла бути лише рідна дитина матері-убивці. Крім того, пологи мали початись (чи бути викликані штучно) не раніше 30 тижня вагітності або 7,5 акушерських місяців (адже до цього дитина вважалась нежиттєздатною) і на останок дитина мала бути живою.

З об'єктивної сторони даний злочин характеризувався, подібно як і в чинному КК України. Це означає, що дітовбивство, про яке в даній статті власне йдеться, могло бути вчинене як шляхом дії, так і бездіяльності, через «умисне ненадання необхідної допомоги» дитині у процесі пологів. Це був злочин із формальним складом, тож необхідною умовою притягнення до кримінальної відповідальності був наслідок цього діяння – смерть дитини, а між діянням і наслідком необхідно було встановити причинний зв'язок. Крім того, злочин мав бути вчинений у певний час, а саме під час пологів. При цьому на практиці часом вчинення злочину вважали вбивство новонародженої дитини як під час пологів, так і одразу після пологів¹⁴. Стосовно того, що вважати часом «одразу після пологів», у тогочасній літературі точились дискусії. Як відомо, воно залишається дискусійним і дотепер та створює труднощі на практиці¹⁵. Загалом вважали, що вбивство дитини має відбуватись негайно, однак якщо матір «перебувала у стані роздратування, який був викликаний пологами»,¹⁶ то вбивство могло відбутись і через кілька годин після пологів.

Спочатку від поліцейських чи сторонніх осіб надходило повідомлення про те, що у безлюдному місці чи стічній ямі виявили тіло ймовірно новонародженої дитини¹⁷. Щоб встановити факт дітовбивства відповідно до вимог Австрійського закону про кримінальний процес від 23 травня 1873 р., відомого як Австрійський Кримінальний процесуальний кодекс 1873 р. (далі – КПК Австрії), слідчий суддя, враховуючи, що це важкий злочин, призначав двох експертів/знавців (у даній категорії справ зазвичай ними були лікарі), які мали оглянути тіло жертви. До справи могли залучати як постійних експертів, які вважались такими, що перебувають на державній службі, так і експертів, яких слідчий суддя вирішив залучити лише до даної конкретної справи. У виняткових винятках (наприклад, коли очікування другого експерта могло призвести до втрати чи знищення доказів) експерт міг бути один. За результатами огляду тіла експерти складали протокол встановленої форми, у якому за результатами зовнішнього та внутрішнього огляду тіла мали бути подані відповіді на такі питання: 1) чи дитина була новонародженою і доношеною, тобто такою, що могла б існувати поза організмом матері; 2) чи народилась вона живою, і якщо так, то як довго вона прожила; 3) чи її смерть могла бути природною¹⁸. Встановлення факту народження дитини живою було обов'язковою умовою можливості притягнення до відповідальності за статтею дітовбивство, про що спеціально зазначали у § 130 КПК Австрії¹⁹. Основною ознакою живонародженості, як умови притягнення до кримінальної відповідальності за вбивство, була так звана «легенева проба»*. При цьому припускали, що навіть негативна «легенева проба» не завжди свідчить про те, що дитина народилась мертвою, а тому слід було провести ряд інших обстежень, які могли свідчити про народження дитини живою²⁰.

Експерти мали також оглянути жінку і встановити факт пологів та за наявності обґрунтованих підозр з'ясувати, чи була вона на момент вбивства осудною, оглянути місце вчинення злочину. Однак найчастіше розслідування справи було радше формальним, вбивство знайти не вдавалось, а в протоколі записували стандарте: «...не зважаючи на докладені зусилля, на слід злочинця натрапити не зміг»²¹. Коло 70 % справ про дітовбивство на початку ХХ ст. в Галичині закривали через неможливість встановити особу злочинця²².

Тож зміст § 139 Кара за дітовбивство КК Австрії 1852 р. є максимально близьким до змісту ст. 117 КК України. Чинний Кримінальний кодекс України 2002 р. визначає злочином і передбачає покарання за «умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини під час пологів або відразу після них»²³, а КК Австрії передбачав, що належить покарати «матір, яка вбила своє дитя під час пологів, чи якому через умисне ненадання необхідної допомоги під час пологів дозволила померти»²⁴.

Особливістю Кодексу 1852 р. було врахування сімейного стану злочинниці. Адже якщо убивця перебувала у шлюбі, тобто злочин було вчинено щодо шлюбної дитини, то закон встановлював покарання у вигляді довічного ув'язнення. Аналогічне діяння неодруженої жінки, а відповідно і потерпілою у злочині була незаконнонароджена дитина, каралось тяжким ув'язненням на термін від 10 до 20 років. При призначенні пока-

* Штучне переривання вагітності (штучний аборт).

** Легені померлої дитини опускали у воду і у випадку, коли вони не тонули, робили висновок, що дитина вдихнула повітря, а отже, народилась живою. При цьому експерти обов'язково мали виключити можливість, що легені не тонули через наявність у них трупних газів тощо.

рання також враховували і спосіб вбивства. Якщо убивство було вчинене шляхом бездіяльності шляхом умисного ненадання необхідної допомоги, матері загрозувало покарання у вигляді важкого ув'язнення від 5 до 10 років незалежно від того, була дитина шлюбною чи позашлюбною²⁵.

Ми також припускаємо, що пом'якшення покарання для незаміжньої жінки можна спробувати пояснити не лише сімейним статусом матері, а й особливим правовим статусом потерпілого у даному злочині – незаконнонародженої дитини. Відомо, що ще з часів античності законність народження була чинником, який негативно впливав на обсяг право- і дієздатності особи. Більшість обмежень щодо незаконно народжених, або як їх іще називали – бенкартів, у XIX ст. були зняті, але окремі положення публічного та приватного права і надалі містили дискримінаційні положення щодо них. Крім того, вважали, що матір позашлюбної дитини, яка, як правило, народжувала без необхідної лікарської допомоги чи взагалі на самоті, знаходилась у стані стресу, що міг поглиблюватись відчуттям сорому, страхом за своє майбутнє та майбутнє дитини²⁶.

Цей склад злочину тоді, як і зараз, належить до категорії злочинів з привілейованою караністю (*delictum privilegiatum*), хоча деякі вчені (наприклад Я. Пайгерт) вважали дітовбивство злочином єдиним у своєму роді (*delictum sui generis*)²⁷. Мотивація, за якою КК Австрії 1852 р. пом'якшував кримінальну відповідальність порівняно з основним складом злочину вбивства, дивовижно збігається з сучасною. І тоді, і зараз дослідники пояснюють це фізичним та психічним станом матері, що виникає під час пологів та триває одразу після них²⁸. Причому законодавця Австрії у XIX ст., України у XX ст. та XXI ст. (та й багатьох інших європейських країн сьогодні²⁹) не турбує, що умисел на вбивство дитини зазвичай виникає у матері задовго до пологів, а отже, кримінальна відповідальність за таке вбивство мала б настати на загальних підставах.

Подібні норми, які закріплювали привілейований склад злочину дітовбивство, містились у § 217 Кримінального уложення Німецької імперії 1871 р.³⁰ чи у ст. 461 Кримінального уложення Російської імперії 1903 р.³¹, однак там суб'єктом злочину могла бути лише неодружена жінка. З цього можна зробити висновок, що, принаймні в аспекті відповідальності за дітовбивство, КК Австрії 1852 р. зробив спробу урівняти статус дітей, народжених у шлюбі та поза ним.

Можна стверджувати, що на даний тип злочинності, де потерпілим була дитина, впливали передусім суспільні та економічні умови, у яких перебувала матір дитини. Цікавою і показовою є статистика передчасних пологів львівської акушерсько-гінекологічної клініки: у 1900 р. зафіксовано 6 % викиднів; у 1911 р. – 16 %, у 1917 р. – 51 %, а в 1920 р. – 26 %³². Наведені дані свідчать про майже десятикратне зростання кількості невиношуваної вагітності за трохи більше ніж за 15-річний період. Пік припадає на роки Першої світової війни. Звичайно дана статистика не дає уявлення про кримінальну складову цього явища і його можна спробувати пояснити іншими чинниками (голод, холод тощо), але не можемо відкинути і того факту, що у важкі воєнні роки жінки могли з різних причин (смерть чоловіка на війні, неможливість прогодувати дитину) і на різних термінах вагітності (у тому числі і після 30 тижня) позбуватись дитини.

Висновки. Як бачимо, за останні два століття зумовленість привілейованого складу злочину дітовбивство намагались пояснювати як негативними зовнішніми обставинами, у яких перебуває матір дитини, так і її особливим психологічним станом, що виникає під час пологів та коротко триває після них. Коментувати змінений психологічний стан породіллі ми відмовляємось, але вважаємо, що поки наука не надала вагомих підстав вважати, що пологи якимось чином провокують такі психічні зміни у матері, які підштовхують її до вбивства своєї дитини. Якби це було так, то людство вже опинилося б під загрозою вимирання. Ми схиляємось до думки, що наявність такої статті у кримінальних кодексах XIX ст. є соціально зумовленою. Матір незаконнонародженої дитини вважали зганьбленою, суспільство часто бойкотувало таку матір і її дитину.

Наявність окремої статті дітовбивство у сучасному світі вже складно пояснити чинниками соціальними, і це є радше історичною традицією. Вже багато європейських країн виключили такі статті зі свого кримінального законодавства і трактують дітовбивство як звичайне, а часом і кваліфіковане, вбивство. Вважаємо, що в Україні створено такі можливості для вагітної жінки, які практично повністю виключають соціальну зумовленість такого явища. Йдеться про легалізацію абортів на ранніх термінах вагітності чи можливість відмовитись від дитини. Можливо, автори нового Кримінального кодексу України, які працюють у робочій групі з питань розвитку кримінального права, створеній у складі Комісії з питань правової реформи³³, приділять увагу цьому питанню, залучать до роботи відповідних спеціалістів, проаналізують міжнародний досвід та приймуть виважене рішення з приводу доцільності існування ст. 117 у новому Кримінальному законі.

¹ Галичина входила до складу Австрійської імперії з 1772 р., а з 1867 р. до складу дуалістичної Австро-Угорської монархії. Після розпаду останньої та нетривалого періоду відновлення на території Галичини української державності у 1918–1919 рр. за результатами повоеєнних мирних конференцій увійшла до складу II Речі Посполитої, де і перебувала до 1939 р.

² Krzymuski E. System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów, obowiązujących w Polsce. Cześć ogólna. Kraków: Nakładem Krakowskiej Spółki Wydawniczej, 1921. 336 s. S. 29.

³ Glaser S. Czyż nie możnaby tu zaradzić. (Kilka słów o zbrodni dzieciobójstwa). Lublin, „Ziemiańska”, 1921. 24 s. S. 3–5.

⁴ Stebelski P. Ze statystyki przestępczości Galicji. Lwow: Drukarnia Wł. Łozńskiego, 1893. 36. S. 95.

⁵ Детальніше див.: Сосніна О.В. Кримінальна відповідальність за вбивство матері своєї новонародженої дитини за законодавством держав континентальної Європи. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2018. Вип. 7. С. 200–211. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvklau_2018_7_24 (дата звернення: 09.12.2020).

- ⁶ Krzymuski E. System prawa karnego ze stanowiska nauki i trzech kodeksów, obowiązujących w Polsce. Cześć ogólna. Kraków: Nakładem Krakowskiej Spółki Wydawniczej, 1921. 336 s. S. 30.
- ⁷ Stebelski P. Ze statystyki przestępczości Galicji. Lwow: Drukarnia Wł. Łozński, 1893. 32 s. S. 95.
- ⁸ Powszechna Ustawa karna Austriacka z dnia 27. maja 1852. r. Z późniejszymi ustawami i rozporządzeniami, tudzież orzeczeniami c. k. Trybunału najwyższego. Cześć pierwsza. § 1–232. Kraków: Księgarnia J. M. Himmelblaua, 1880. 160 s. S. 100–104.
- ⁹ Кримінальний кодекс України від 5.04.2001 р. № 2341-III, редакція від 3.09.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 09.01.2021).
- ¹⁰ Там само.
- ¹¹ Powszechna Ustawa karna Austriacka z dnia 27. maja 1852. r. Z późniejszymi ustawami i rozporządzeniami, tudzież orzeczeniami c. k. Trybunału najwyższego. Cześć pierwsza. §. 1-232. Kraków: Księgarnia J. M. Himmelblaua, 1880. 160 s. S. 104–105.
- ¹² Wachholz L. Podręcznik medycyny sądowej z uwzględnieniem ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego dla użytku uczniów, lekarzy i prawników. Kraków: Wydawnictwo dzieł lekarskich Polskich imienia Edwarda Korczyńskiego, 1899. 648 s. S. 509–510.
- ¹³ Powszechna Ustawa karna Austriacka z dnia 27. maja 1852. r. Z późniejszymi ustawami i rozporządzeniami, tudzież orzeczeniami c. k. Trybunału najwyższego. Cześć pierwsza. §. 1-232. Kraków: Księgarnia J. M. Himmelblaua, 1880. 160 s. S. 102–103.
- ¹⁴ Wachholz L. Podręcznik medycyny sądowej z uwzględnieniem ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego dla użytku uczniów, lekarzy i prawników. Kraków: Wydawnictwo dzieł lekarskich Polskich imienia Edwarda Korczyńskiego, 1899. 648 s. S. 551.
- ¹⁵ Кричун Ю.А. Кримінально-правова характеристика вбивства матір'ю своєї новонародженої дитини за чинним кримінальним законодавством (ст. 117 КК України). *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2017. Вип. 2. С. 228–229.
- ¹⁶ Wachholz L. Podręcznik medycyny sądowej z uwzględnieniem ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego dla użytku uczniów, lekarzy i prawników. Kraków: Wydawnictwo dzieł lekarskich Polskich imienia Edwarda Korczyńskiego, 1899. 648 s. S. 529.
- ¹⁷ Glaser S. Czyż nie możnaby temu zarządzić? (Kilka słów o zbrodni dzieciobójstwa). Lublin: Ziemiańska, 1921. S. 24. S. 4.
- ¹⁸ Wachholz L. Podręcznik medycyny sądowej z uwzględnieniem ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego dla użytku uczniów, lekarzy i prawników. Kraków: Wydawnictwo dzieł lekarskich Polskich imienia Edwarda Korczyńskiego, 1899. 648 s. S. 31–33.
- ¹⁹ Ustawa o postępowaniu karnem z dnia 23-go maja 1873 r. z odnoszącymi się do niej ustawami i rozporządzeniami objaśniona przez Prof. Dra Józefa Rosenblatta. Kraków: Drukarnia J. Fischera, 1889. 455 s. S. 114.
- ²⁰ Wachholz L. Podręcznik medycyny sądowej z uwzględnieniem ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego dla użytku uczniów, lekarzy i prawników. Kraków: Wydawnictwo dzieł lekarskich Polskich imienia Edwarda Korczyńskiego, 1899. 648 s. S. 31–33. С. 530–550.
- ²¹ Glaser S. Czyż nie możnaby temu zarządzić? (Kilka słów o zbrodni dzieciobójstwa). Lublin: Ziemiańska, 1921. – S. 24. S. 4.
- ²² Там само. S. 5.
- ²³ Кримінальний кодекс України від 5.04.2001 р. № 2341-III, редакція від 3.09.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 09.12.2020).
- ²⁴ Powszechna Ustawa karna Austriacka z dnia 27. maja 1852. r. Z późniejszymi ustawami i rozporządzeniami, tudzież orzeczeniami c. k. Trybunału najwyższego. Cześć pierwsza. §. 1-232. Kraków: Księgarnia J. M. Himmelblaua, 1880. 160 s. S. 102–103.
- ²⁵ Там само.
- ²⁶ Wachholz L. Podręcznik medycyny sądowej z uwzględnieniem ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego dla użytku uczniów, lekarzy i prawników. Kraków: Wydawnictwo dzieł lekarskich Polskich imienia Edwarda Korczyńskiego, 1899. 648 s. S. 529.
- ²⁷ Za Glaser S. Czyż nie możnaby temu zarządzić? (Kilka słów o zbrodni dzieciobójstwa). Lublin: Ziemiańska, 1921. S. 24. S. 5.
- ²⁸ Семенюк І. Відповідальність за умисне вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини за кримінальним законодавством України та зарубіжних країн: дис. ... канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2016. С. 128–147. URL: http://virtuni.education.zp.ua/info_cpu/sites/default/files/_Семенюк.pdf (дата звернення: 09.01.2021) або Wachholz L. Podręcznik medycyny sądowej z uwzględnieniem ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego dla użytku uczniów, lekarzy i prawników. Kraków: Wydawnictwo dzieł lekarskich Polskich imienia Edwarda Korczyńskiego, 1899. 648 s. S. 31–33.
- ²⁹ Сосніна О. Кримінальна відповідальність за вбивство матір'ю своєї новонародженої дитини за законодавством держав континентальної Європи. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки*. 2018. Вип. 7. С. 200–211. С. 203.
- ³⁰ Fuchs T. StGB: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871; historisch-synoptische Edition 1871-2009 / hrsg. von Thomas Fuchs, lexetius.com, Mannheim 2010 S. 975 1614 s. URL <https://hopifrei.files.wordpress.com/2014/08/stgb-deutsches-kaiserreich1871-2009.pdf> (дата звернення: 09.12.2020).
- ³¹ Уголовное уложение 1903 года. *Приложение к Собр. Узак. и расп. Правительства за 1903 год*. № 38. Отд. 1. Ст. 416. С. 92.
- ³² Stebelski P. Ze statystyki przestępczości Galicji. Lwow: Drukarnia Wł. Łozński, 1893. 74 s. S. 95.
- ³³ Питання Комісії з питань правової реформи: Указ Президента України від 7.08.2019 р. № 584/2019, редакція від 29.10.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019#Text> (дата звернення: 09.12.2020).

Резюме

Перепелиця Х.В. Кримінально-правова характеристика дітовбивства за Кримінальним кодексом Австрії 1852 р.

У статті розглянуто інститут кримінальної відповідальності за дітовбивство на українських землях у середині XIX – першій третині XX ст. відповідно до положень Кримінального кодексу Австрії 1852 р.

Встановлено, що закон чітко розмежовував штучний аборт та дітовбивство, однак об'єктом правової охорони в обох випадках було життя дитини (народженої чи ні). Наголошено, що кваліфікуючою ознакою даного злочину був сімейний стан матері. Проаналізовано мотиви, якими міг керуватись законодавець, коли формулював привілейований склад даного злочину.

У загальних рисах висвітлено порядок проведення експертизи, яка мала на меті встановити факт народження дитини живою, як обов'язкової умови притягнення до відповідальності за дітовбивство.

Ключові слова: вбивство, матір, новонароджена дитина, злочин.

Резюме

Перепелиця К.В. Уголовно-правовая характеристика детоубийства по Уголовному кодексу Австрии 1852 г.

Рассмотрен институт уголовной ответственности за детоубийство на украинских землях в середине XIX – первой трети XX в. в соответствии с Уголовным кодексом Австрии 1852 г. Установлено, что закон четко разграничивал искусственный аборт и детоубийство, однако объектом правовой охраны в обоих случаях была жизнь ребенка (рожденного или нет).

Отмечено, что квалифицирующим признаком данного преступления было семейное положение матери. Проанализированы мотивы, которыми мог руководствоваться законодатель, когда формулировал привилегированный состав данного преступления. В общих чертах отражен порядок проведения экспертизы, которая имела целью установить факт рождения ребенка живым, как обязательное условие привлечения к ответственности за детоубийство.

Ключевые слова: убийство, мать, новорожденный ребенок, преступление.

Summary

Khrystyna Perepelytsia. Criminal and legal characteristics of infanticide under the Austrian Criminal Code 1852.

Galicia used to be a part of the Austrian Empire from 1772. In 1867, it became a part of the dual monarchy of Austria and Hungary. Following the breakdown of the last and quite short period of restoration of Ukrainian statehood in Galicia in 1918–1919, as the result of post-war peace accords, the territory joined the Second Polish Republic, where it remained until 1939. During the period between 1852 and 1932, the Austrian Criminal Code was in force in Galicia. Besides, starting from the second half of the 19th century, there was a growing public interest in infanticide, which could be explained by the fact that the society considered such acts to be immoral, where the victim was a defenceless child, whose own mother was a criminal. Such cases were covered in numerous Galician periodicals, and the cases themselves became notable. Nonetheless, most of these crimes remained unsolved.

The article dwells on the development of the concept of criminal responsibility for infanticide in the Ukrainian territories in the middle of the 19th – first third of the 20th century in accordance with the provisions of the Austrian Criminal Code 1852.

The law clearly established a distinction between abortion and infanticide, however, in both cases, the object of legal protection was the child's life (whether the child was born or not). It was specifically emphasized that the qualifying feature for this crime was a mother's marital status. There have been analysed the motives the legislative establishment could be guided by when formulating the privileged components of this crime. There have been provided common features of the examination procedure, whose goal was to establish the fact of the birth of a child alive as a prerequisite for prosecution for infanticide. It was emphasized that criminal and punishable actions mean not only trying to take the child's life, but also mother's inactivity in case of failure to provide the necessary assistance during childbirth process. The paper briefly outlines social, economic and psychological factors that could prompt a woman to commit a crime.

Key words: murder, mother, new-born child, crime.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.12

УДК 342.11.27

Д.М. БЕЛОВ

*Дмитро Миколайович Бєлов, доктор юридичних наук, професор, професор ДВНЗ «Ужгородський національний університет»**

ORCID: 0000-0002-7168-9488

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА: ОКРЕМІ ПИТАННЯ ТЕОРІЇ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

Постановка проблеми. Первинним і одним із найважливіших елементів системи конституційного права України, є конституційно-правова норма (*від лат. norma – правило, взіреть*). Норми конституційного права як складові системи конституційного права України відображають у своїй сукупності сутність і зміст цієї галузі права¹. З огляду на це, їх ще іноді порівнюють із клітинами, як першоосновою будь-якого живого організму, біологічної системи.

На думку В. Федоренка, зазначене порівняння є справедливим і для багатьох інших органічних систем. Так, багатоаспектна система конституційного права України і всі її структурні елементи складаються саме із норм конституційного права. Останні є основою інститутів конституційного права, а також інших частин системи конституційного права – природного та позитивного, загальної частини й особливої частини, матеріального та процесуального, міжнародного і національного тощо. Тобто система конституційного права України не може існувати поза межами свого нормативного виміру. До того ж право, а згодом і його система, утворилися саме на основі норм права, які історично виокремилися з-поміж інших соціальних норм – релігійних, моральних, етичних, культурних тощо. При цьому норми права зберегли в собі властивості, притаманні всім соціальним нормам загалом².

Виклад основного матеріалу. Зміст правового становища людини визначають всі ті норми та регульовані ними відносини, що виникають між державою і людиною у зв'язку з її фактичним місцем у соціально-економічному, політичному та духовно-моральному житті нашого суспільства. Ці відносини дуже різноманітні, вони охоплюють найрізноманітніші аспекти життя й тому регулюються нормами не якоїсь однієї, а практично всіх галузей права.

Разом із тим особливу роль тут відіграють конституційні норми. Внаслідок свого загальнорегулятивного характеру вони окреслюють становище громадян не в якій-небудь одній сфері діяльності, а в основних її галузях. При цьому вони встановлюють лише найбільш істотні, корінні відносини між державою та її громадянами у зв'язку з їх місцем в управлінні громадськими та державними справами, залишаючи докладне регулювання таких відносин нормам інших галузей.

Будь-яка соціальна норма, писав свого часу відомий український радянський теоретик права П. Недбайло, є правилом загального характеру, що відображає потреби суспільного життя та має керівне значення для практичної діяльності людей. Соціальні норми виникли одночасно з людським суспільством у зв'язку з необхідністю охопити й урегулювати поведінку людей загальними правилами³. На думку вченого, «... норма – це не проста констатація фактів, не судження про ті чи інші їх ознаки, а обов'язкове правило, веління, що завжди вимагає певних результатів, настання чи ненастання певних наслідків. Норма – це завжди правило належної та можливої в її межах поведінки, що зобов'язує, забороняє, дозволяє ту чи іншу дію або вчинок за певних умов. Норма є імператив, який постулює належний зв'язок між людьми; вона зумовлена загрозою невивідних наслідків для будь-кого, хто відступить від її вимог»⁴. Такі властивості регулятора суспільних відносин загалом властиві й нормам конституційного права.

З огляду на обґрунтовану вище первинність норми конституційного права щодо інших структурних елементів багатоаспектної системи конституційного права України дослідження саме їх сутності, змісту, юри-

© Д.М. Бєлов, 2020

* *Dmitro Byelov, Dr. hab. in Law, Professor, Professor of Uzhhorod National University*

дичних властивостей і особливостей побудови є своєрідним «ключем» до пізнання інститутів та інших складників системи конституційного права загалом. До того ж, на відміну від інших структурних елементів системи конституційного права України, норми конституційного права є одними із найбільш досліджених у сучасній українській юридичній науці. Так, тільки на дисертаційному рівні юридична природа норм конституційного права України досліджувалася останні 18 років кілька разів (серед таких робіт, наприклад, дослідження О. Степанюка⁵; О. Сінкевича⁶; Я. Чистоколяного⁷ та ін.).

При цьому конституційні норми містять не тільки вихідні дані статусу особистості, а й закріплюють всі її головні сторони. Тому конституційний статус справедливо розглядається як основа правового становища громадян⁸.

Слід зазначити, що позиції загальної теорії конституційного права, дослідження конституційно-правового статусу людини і громадянина тісно пов'язані з проблемою визначення предмета конституційного права щодо правового статусу людини і громадянина. У цьому сенсі в науці конституційного права існують принаймні два способи відповіді на порушене питання. Один із них предметом конституційного права трактує виключно основні принципи конституційно-правового статусу людини, а інший до предмета науки конституційного права долучає ще й проблеми захисту та забезпечення конституційно-правового статусу людини і громадянина. Разом із тим висвітлення проблем конституційно-правового статусу людини і громадянина має суто методологічну актуальність. Мається на увазі, за твердженням Т. Француз-Яковець, що завдяки категорії конституційно-правового статусу людини і громадянина виникає можливість аналізу його структури та складових елементів. При цьому аналіз набуває ознак комплексності, оскільки досліджуються не обмежені інститути громадянства, правосуб'єктності, прав і свобод людини, обов'язків громадян, гарантій прав і свобод людини тощо, але один із елементів конституційно-правового статусу людини, що тісно пов'язаний з іншими і становить цілісну систему, через яку встановлюються та регулюються відносини людини з державою та іншими суб'єктами правовідносин⁹.

При цьому, на думку вченої, проблема забезпечення конституційно-правового статусу людини і громадянина є одним із ключових питань як у науці конституційного права, так і у безпосередній конституційній практиці. Це пояснюється тим, що у самому понятті «конституційно-правовий статус людини і громадянина» відбувається фіксація основ взаємовідносин між людиною, державою і суспільством, окреслюються їхні права та взаємні обов'язки, встановлюється система забезпечення, гарантування і захисту прав усіх учасників зазначених взаємовідносин¹⁰.

Ставлячи завданням дослідження принципу рівності прав жінки і чоловіка, а також його науково-теоретичного та практичного змісту, не можна обмежуватись лише аналізом фактичних прав наведених категорій осіб та інших елементів їх конституційно-правового статусу, які закріплено на законодавчому рівні тієї або іншої держави. Дійсно, адекватне розуміння того, що в реальності являє собою конституційно-правовий статус людини, передбачає докладне висвітлення тих основ, завдяки яким формується система прав людини і громадянина і через які забезпечується фактична реалізація цих прав. Зазначені основоположні начала визначаються поняттям «принципи конституційно-правового статусу людини». Їхні роль і значення у процесі формування та розвитку відносин між державою та індивідом пояснюються тим, що саме на рівні принципів конституційно-правового статусу людини визначається, чи забезпечується у державі рівність прав і свобод людини і громадянина, чи бере держава на себе обов'язок дотримуватися визначених у Конституції прав людини та захищати їх, чи визнаються ці права державою у повному обсязі, чи існують обмеження реалізації прав людини і громадянина, і якщо так, то які тощо.

Таким чином, *ipso jure*, виходячи з розуміння принципів конституційно-правового статусу людини як визнаних та захищених правом і державою основних засад, на основі яких відбувається реалізація конституційно-правового статусу людини, необхідно визнати, що дослідження системи цих принципів, а також специфіки їхньої взаємодії в реалізації конституційно-правового статусу людини, є невід'ємною складовою теоретичних досліджень у галузі конституційного права, теорії прав людини і громадянина¹¹.

За слушним твердженням С. Лавренєва, значення інституту конституційного статусу особи в будь-якій сучасній демократичній державі переоцінити важко¹². В Україні це тим більше непросто зробити, оскільки з даним інститутом пов'язані не тільки надії людей на гідний правовий спосіб життя, а й усі процеси перетворення державно-правової системи суспільства. У вирішальній мірі це пояснюється тим, що саме конституційний статус особи став тією конкретною та юридично значимою формою, в якій знайшли своє відображення права і свободи людини, що зумовили і багато в чому продовжують виступати найважливішою причиною справді демократичних змін у житті нашого суспільства¹³.

Встановлення Конституцією України основ правового статусу особи поклато початок і процесу складання нового типу правової культури нашої держави та її громадян. Разом із тим саме принципи правового статусу особи, формуючись за межами самого інституту конституційного статусу особи, привносять в нього той зміст, який і викликає необхідність проведення справді історичних змін в нашому суспільстві. Тому цілком закономірним є зростання наукового інтересу конституціоналістів до питань джерел, природи і правової цінності основних принципів конституційного статусу особи.

Так, зокрема, над проблемою принципів конституційно-правового статусу людини і громадянина працювали П. Рабінович, М. Хавронюк¹⁴, В. Кравченко¹⁵, О. Фрицький¹⁶, котрі, в свою чергу, виділяють наступні принципи:

1) *принцип рівності у правах і свободах та рівності перед законом*, котрий впливає зі ст. ст. 21 і 24 Конституції України;

2) *принцип невідчужуваності і непорушності прав і свобод людини*, закріплений у ст. 21 Конституції України;

3) *принцип гарантованості прав та свобод людини і громадянина й неможливості їх скасування*;

4) *принцип невичерпності прав і свобод людини і громадянина*, закріплений у ст. 22 Конституції України;

5) *принцип відповідності міжнародним стандартам прав і свобод людини і громадянина*, закріплених у Конституції України (ст. ст. 3, 5, 6, 8, 9);

6) *принцип єдності прав та обов'язків людини і громадянина* відповідно до ст. ст. 23 і 68 Конституції України.

Крім того, деякі науковці виділяють ще й інші принципи конституційно-правового статусу людини і громадянина. Так, зокрема, В. Кравченко¹⁷ виділяє *принцип свободи людини*. На його думку, в ст. ст. 21 і 23 Конституції України цей принцип зумовлює її право на вільний розвиток своєї особистості, а межею індивідуальної свободи є права і свободи інших людей. Вчений також виділяє *принцип рівності людей у своїй гідності* (ст. 21 Конституції України). Згідно з Преамбулою Міжнародного пакту про громадські і політичні права гідність особи є властивістю, притаманною «всім членам людської сім'ї», визнання гідності людей, їхніх рівних і невід'ємних прав є «основою свободи, справедливості і загального миру»¹⁸.

П. Рабінович і М. Хавронюк у своїй роботі зазначають окремим принципом *принцип недопущення звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод*¹⁹, закріплений у ст. 22 Конституції, що не допускає звуження при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів. Також зазначають *принцип заборони свавільного обмеження конституційних прав та свобод людини і громадянина*²⁰. Стаття 64 Конституції України передбачає наявність певних формальних меж цих прав та свобод, а також той факт, що ці межі мають визначатися лише законом, тільки у випадках, передбачених Основним Законом України, і обґрунтовуватися відповідними факторами.

І, нарешті, принцип, закріплений в Основному Законі нашої держави (ст. ст. 24, 23, 21), принцип *рівності прав жінки і чоловіка* (гендерної рівності), яким, зокрема, проголошується, що рівність прав жінки та чоловіка забезпечується: наданням жінкам рівних з чоловіками можливостей у суспільно-політичній та культурній діяльності, у одержанні освіти та професійної підготовки, у праці та винагороді за неї.

Не заперечуючи ні гносеологічної ані практичної цінності вищенаведеного підходу до розуміння та виявлення основних принципів конституційного статусу особи, все ж не можна не помітити його однобічність. Це виявляється, на погляд С. Лаврентьєва²¹ вже в тому, що подібного роду принципи носять характер загальноновизнаних, а тому, по-перше, не даруються державою, а визнаються нею, а, по-друге, формулюються не державою та її органами, а міжнародним співтовариством, привносячи тим самим до конституційного статусу особи загальнолюдські цінності природних прав і свобод. Звідси, на думку А. Олійника, впливає, що і методологія їх наукового аналізу не може бути зведена до вищенаведених правил. Вона повинна бути розширена до природно-правової природи конституційного статусу особи. Це, у свою чергу, робить необхідним переосмислення як самої категорії «конституційний статус особи», так і її структурних утворень, в ряду яких і розташовуються дані принципи²².

¹ Погорілко В.Ф. Конституційне право України : акад. курс : підруч. : у 2 т. / за ред. В.Ф. Погорілка. Київ : Вид-во «Юридична думка», 2006. Т. 1. С. 289.

² Федоренко В.Л. Теоретичні основи системи конституційного права України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.02. Харків, 2010. С. 128.

³ Недбайло П.О. Советские социалистические правовые нормы. *Антологія української юридичної думки* : в 10 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. Київ : Видавничий дім «Юридична книга», 2004. Т. 9 : Юридична наука радянської доби / упоряд.: В.Б. Авер'янов, О.М. Костенко, В.П. Нагребельний, В.Ф. Погорілко, К.О. Савчук, І.Б. Усенко, Г.П. Тимченко; відп. ред. В.П. Нагребельний. С. 73.

⁴ Там само. С. 73–74.

⁵ Степанюк О.І. Норми конституційного права України: проблеми теорії : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 1993. 18 с.

⁶ Сінкевич О.В. Норми конституційного права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2003. 20 с.

⁷ Чистоколяний Я.В. Конституційно-правові норми в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2005. 20 с.

⁸ Воеводин Л.Д. Понятие и основные элементы конституционного статуса личности. *Конституционный статус личности в СССР*. Москва: Юрид. лит., 1980. С. 22.

⁹ Француз-Яковець Т.А. Забезпечення конституційно-правового статусу людини і громадянина в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Одеса, 2007. С. 3.

¹⁰ Там само.

¹¹ Француз-Яковець Т.А. Забезпечення конституційно-правового статусу людини і громадянина в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Одеська національна юридична академія. Одеса, 2007. С. 10.

¹² Лаврентьєв С.В. Основные принципы конституционного статуса личности : теоретико-конституционный анализ: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Волгоград. 2005. 19 с.

¹³ Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина: навч. посіб. Київ: Атіка, 2004. С. 89–90.

¹⁴ Там само. С. 81.

- ¹⁵ Кравченко В.В. Конституційне право України: навч. посіб. Київ: Атіка, 2004. С. 119.
¹⁶ Фрицький О.Ф. Конституційне право України: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 118.
¹⁷ Кравченко В.В. Конституційне право України: навч. посіб. Київ: Атіка, 2004. С. 120.
¹⁸ Міжнародний пакт про громадські і політичні права. *Права людини (Основні міжнародно-правові документи)*. Київ, 1989. С. 28.
¹⁹ Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина: навч. посіб. Київ: Атіка, 2004. С. 85.
²⁰ Там само. С. 86.
²¹ Лаврентьев С.В. Основные принципы конституционного статуса личности : теоретико-конституционный анализ: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Волгоград. 2005. С. 2.
²² Олійник А.С. Конституційне законодавство України: гендерна експертиза. Київ: Логос, 2001. С. 21.

Резюме

Белов Д.М. Конституційно-правовий статус людини і громадянина: окремі питання теорії конституціоналізму.

Стаття присвячена аналізу наукових підходів щодо визначення конституційно-правового статусу особи. Розкрито специфіку норми конституційного права України в контексті закріплення в ній базових положень конституційно-правового статусу людини і громадянина. Визначається, що первинним та одним із найважливіших елементів системи конституційного права України, є конституційно-правова норма (від лат. *norma* – правило, взірць). Норми конституційного права як складові системи конституційного права України відображають у своїй сукупності сутність і зміст цієї галузі права. З огляду на це їх ще іноді порівнюють із клітинами, як першоосною будь-якого живого організму, біологічної системи.

Ключові слова: конституційно-правовий статус людини і громадянина, система конституційного права, норма конституційного права.

Резюме

Белов Д.М. Конституционно-правовой статус человека и гражданина: отдельные вопросы теории конституционализма.

Статья посвящена анализу научных подходов к определению конституционно-правового статуса личности. Раскрыта специфика нормы конституционного права Украины в контексте закрепления в ней базовых положений конституционно-правового статуса человека и гражданина. Определяется, что первичным и одним из важнейших элементов системы конституционного права Украины является конституционно-правовая норма (от лат. *norma* – правило, образец). Нормы конституционного права как составляющие системы конституционного права Украины отражают в своей совокупности сущность и содержание этой отрасли права. Учитывая это, их еще иногда сравнивают с клетками, как первоосновой любого живого организма, биологической системы.

Ключевые слова: конституционно-правовой статус человека и гражданина, система конституционного права, норма конституционного права.

Summary

Dmitro Byelov. Constitutional and legal status of man and citizen: certain issues of the theory of constitutionalism.

The article is devoted to the analysis of scientific approaches to determining the constitutional and legal status of a person. The specifics of the norm of the constitutional law of Ukraine in the context of enshrining in it the basic provisions of the constitutional and legal status of a person and a citizen are revealed.

It is determined that the primary and one of the most important elements of the system of constitutional law of Ukraine is the constitutional law (from the Latin *norma* – rule, model). The norms of constitutional law as components of the system of constitutional law of Ukraine in their entirety reflect the essence and content of this branch of law. Given this, they are sometimes compared with cells, as the basis of any living organism, biological system.

The content of the legal status of man is determined by all the norms and relations governed by them that arise between the state and man in connection with its actual place in the socio-economic, political and spiritual-moral life of our society. These relations are very diverse, they cover various aspects of life and therefore are governed by the rules of not one, but almost all branches of law.

At the same time, constitutional norms play a special role here. Due to their general regulatory nature, they outline the position of citizens not in any one area of activity, but in its main areas. At the same time, they establish only the most essential, fundamental relations between the state and its citizens in connection with their place in the management of public and state affairs, leaving detailed regulation of such relations to the norms of other industries.

Key words: constitutional and legal status of man and citizen, system of constitutional law, norm of constitutional law.

В.М. АЛЕКСАНДРОВ

*В'ячеслав Михайлович Александров, кандидат юридичних наук, завідувач кафедри Інституту військової юстиції Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0003-0373-4635

СЕКТОР БЕЗПЕКИ І ОБОРОНИ УКРАЇНИ В МЕХАНІЗМІ РЕАЛІЗАЦІЇ ОБОРОННОЇ ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ

Постановка проблеми. В останні роки для України, які ніколи раніше у новітній історії, актуальним завданням є якісне і ефективне здійснення оборонної функції держави. Це пов'язано передусім з напруженою військово-політичною ситуацією в окремих районах Донецької і Луганської областей, а також недоброзичливою політикою, яку здійснює щодо України Російська Федерація. Більш того, чинна Конституція України від 28 червня 1996 р. закріплює, що територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою¹. Відповідно, захист території України, яка є основою державності, здійснюється у межах виконання оборонної функції держави. Названа функція займає особливе місце серед інших, покладених на державу функцій. Частина 2 і 3 ст. 17 Основного Закону України встановлюють, що оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні Сили України, а забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України – на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законом. Беручи до уваги ту обставину, що у державі функціонує значна кількість військових формувань і правоохоронних органів, система їх інститутів представляє собою особливе полісистемне утворення, яке позначається збірним поняттям – «Сектор безпеки і оборони». У зв'язку з цим актуальним є встановлення правових аспектів ролі і навантаження, яке бере на себе Сектор безпеки і оборони у механізмі реалізації оборонної функції держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій відповідної тематики демонструє певний інтерес науковців до аналізу аспектів функціонування складових Сектору безпеки і оборони у межах здійснення оборонної функції держави (М. Пашишнький, В. Сокурєнко, М. Щербюк). Разом із тим доктринальне положення щодо означених аспектів залишаються недостатньо розробленими і потребують поглибленого аналізу.

Формулювання мети статті. Метою статті є висвітлення, на основі аналізу чинного законодавства, ролі і значення Сектору безпеки і оборони України у реалізації оборонної функції держави.

Виклад основного матеріалу. На сьогодні через специфіку змісту категорії «оборона» у юридичній науці не існує чіткого визначення категорії «оборонна функція держави», про що неодноразово зазначали вчені-правники². Так чи інакше, але кінцевим результатом здійснення оборонної функції держави є досягнення стану належної підготовки до ймовірного збройного захисту держави та її безпосереднього захисту у разі збройної агресії або збройного конфлікту. Таке бачення сутності оборонної функції держави впливає із положень ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. № 1932-ХІІ³. Разом із тим, очевидним є те, що механізм реалізації оборонної функції держави передбачає здійснення системи спеціальних політичних, військово-технічних, економічних, організаційних, гуманітарних заходів, спрямованих на протидію ймовірній військовій агресії. Такі заходи розраховані на здійснення не лише у воєнний, а й у мирний час⁴.

Оборонна функція держави реалізується, фактично, всіма елементами владного механізму. Таким чином, досягається стан готовності державних «сил оборони», необхідних для стримування збройної агресії⁵. Водночас у межах механізму держави доцільно виокремити ті структури, компетенція яких безпосередньо передбачає здійснення оборонної функції. При цьому до останнього часу всі названі структури були об'єднані у таке полісистемне державне утворення, як Воєнна організація держави. Статус Воєнної організації держави тривалий час регламентувався вже не чинним Законом України «Про демократичний цивільний контроль над воєнною організацією і правоохоронними органами держави» від 19 червня 2003 р. № 975-ІV⁶. Закон, маючи на меті захист національних інтересів України, утвердження і зміцнення конституційних засад демократичної, правової держави у сфері цивільно-військових відносин, забезпечення прав і свобод людини та відповідно до міжнародних зобов'язань, взятих Україною, визначав правові засади організації і здійснення демократичного цивільного контролю над Збройними Силами України та іншими утвореними відповідно до законів України військовими формуваннями, а також над правоохоронними органами держави. Згідно зі ст. 1 зазначеного акта Воєнна організація держави на той час розглядалася як охоплена єдиним керівництвом сукупність органів державної влади, Збройних Сил України, а також інших військових форму-

вань, утворених відповідно до Конституції та Законів України, діяльність котрих постійно перебуває під демократичним цивільним контролем держави та суспільства і згідно з Конституцією та Законами України безпосередньо спрямована на вирішенні задач щодо захисту інтересів держави як від зовнішніх, так і внутрішніх загроз.

У додаток до наведено вище, у ст. 1 вже не чинного Закону України «Про основи національної безпеки України» від 19 червня 2003 р. № 964-IV також містилося визначення воєнної організації держави⁷. Зокрема, таким утворенням іменувалося сукупність органів державної влади, військових формувань, утворених відповідно до законів України, діяльність яких постійно перебуває під демократичним цивільним контролем з боку суспільства і безпосередньо спрямована на захист національних інтересів України від зовнішніх та внутрішніх загроз.

У 2018 р., разом з прийняттям Закону України «Про національну безпеку України» № 2469-VIII, категорія «воєнна організація держави» втратила нормативне значення⁸. У зазначеному Законі замість категорії «воєнна організація держави» було запроваджено термін «сектор безпеки та оборони». Під сектором безпеки і оборони відповідно ст. 1 вказаного Закону України «Про національну безпеку України» розуміється система органів державної влади, Збройних Сил України, а також правоохоронних та розвідувальних органів, органів державної влади спеціального призначення з правоохоронними функціями, оборонно-промислового комплексу України, сил цивільного захисту, діяльність котрих постійно перебуває під цивільним демократичним контролем і відповідно до Конституції та згідно із Законами України за своїм функціональним призначенням спрямована на захист національних інтересів України від широкого спектру різноспрямованих загроз, а також громадян та громадських об'єднань, що добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки України. Вочевидь, сектор безпеки і оборони України є державним утворенням, на який покладається більш широкий спектр завдань у сфері оборони та безпеки порівняно з воєнною організацією держави.

На сьогодні згідно із законом структура сектору безпеки і оборони містить чотири складові компоненти, які розмежовуються відповідно до свого функціонального призначення та юридичної природи. Зокрема, сектор безпеки й оборони України складається з: 1) сил безпеки; 2) сил оборони; 3) оборонно-промислового комплексу; 4) громадських об'єднань, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки. Варто звернути увагу й на те, що інституційно складові сектору безпеки і оборони України належать як до державного апарату, так і до інститутів громадянського суспільства.

Під силами безпеки розуміються правоохоронні та розвідувальні органи, державні органи спеціального призначення з правоохоронними функціями, сили цивільного захисту, а також інші органи, на які Конституцією та законами України покладено функції із забезпечення національної безпеки України. У свою чергу, до сил оборони належать Збройні Сили України, а також інші утворені відповідно до законів України військові формування, правоохоронні органи і розвідувальні органи, а також органи спеціального призначення з правоохоронними функціями, на які Конституцією і законами України покладено функції із забезпечення оборони держави.

Отже, можна стверджувати, що головними складовими механізму держави, що спрямовані на реалізацію оборонної функції, є Збройні Сили України та інші утворені відповідно до законів України військові формування. Саме на них згідно з ч. 2 та ч. 3 ст. 17 Основного Закону України покладається оборона України, захист її суверенітету та територіальної цілісності, а також недоторканність державних кордонів, тобто всі ключові питання, пов'язані з реалізацією оборонної функції. Безперечно, інші складові сектору безпеки і оборони України у системі реалізації оборонної функції теж відіграють відповідну роль, проте Збройні Сили України та інші військові формування виступають провідними структурами стосовно цього.

З точки зору нормативного забезпечення необхідно вказати на те, що ч. 1 ст. 16 Закону України «Про національну безпеку» прямо корелює з ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Збройні Сили України» від 6 грудня 1991 р. № 1934-XII⁹. Обидва нормативно-правові приписи встановлюють те, що Збройні Сили є військовим формуванням, на яке відповідно до Конституції України покладається оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності. З метою належного виконання Збройними Силами України своїх функціональних обов'язків у сфері реалізації оборонної функції, з'єднання, військові частини, підрозділи і військовослужбовці, у тому числі чергові сили, Збройних Сил України як у мирний час, так і в особливий період (крім періоду дії воєнного стану) мають право застосовувати і використовувати зброю та бойову техніку для:

1) відбиття ударів засобів повітряного та підводного нападу по важливих державних та воєнних об'єктах, безпосереднє прикриття яких здійснюється черговими силами;

2) припинення порушення державного кордону України повітряними суднами збройних формувань інших держав, які не виконують команд (сигналів), що подаються черговими літаками-перехоплювачами (вертольотами), або застосовують зброю;

3) припинення протиправних дій повітряних суден у повітряному просторі України, якщо вони використовуються з метою здійснення терористичного акту; примушення до посадки захоплених (викрадених) повітряних суден;

4) забезпечення виконання покладених на Збройні Сили України завдань щодо відсічі можливої збройної агресії проти України, забезпечення недоторканності повітряного простору та підводного простору в межах територіального моря України;

5) самозахисту в разі застосування зброї проти них або загрози такого застосування, а також у разі будь-яких дій, що можуть призвести до нанесення значних матеріальних збитків об'єктам, які прикриваються ними, за місцем дислокації чи в районі виконання завдань;

6) надання допомоги кораблям (катерам) Морської охорони Державної прикордонної служби України у разі застосування зброї проти них або загрози такого застосування, а також під час безперервного переслідування, що розпочалося у територіальному морі України, іноземного судна у відкритому морі для примушення його зупинитися;

7) відбиття піратських нападів на морські або повітряні судна та осіб, які перебувають на їх борту, захоплення піратських морських або повітряних суден, звільнення заручників, а також морських або повітряних суден, захоплених піратами, у відкритому морі чи в іншому місці поза межами юрисдикції будь-якої держави;

8) забезпечення виконання покладених на з'єднання, військові частини і підрозділи Збройних Сил України завдань під час їх застосування в районі проведення антитерористичної операції, у разі вчинення терористичного акту в повітряному просторі або територіальному морі України;

9) забезпечення захисту від терористичних посягань об'єктів та майна Збройних Сил України, зброї масового ураження, ракетної і стрілецької зброї, боєприпасів, вибухових та отруйних речовин, що перебувають у військових частинах або зберігаються у визначених місцях;

10) забезпечення під час проведення антитерористичної операції виконання завдань щодо припинення діяльності незаконних воєнізованих або збройних формувань (груп), терористичних організацій, організованих груп та злочинних організацій, участі у затриманні осіб, а також для знешкодження осіб у випадках, коли їх дії реально загрожують життю та здоров'ю заручників, учасників антитерористичної операції або інших осіб.

У додаток до наведеного слід зазначити, що з метою належного виконання завдань Збройними Силами України з реалізації оборонної функції законодавством можуть передбачатися додаткові можливості щодо застосування і використання зброї та бойової техніки. При цьому такі додаткові можливості встановлюються як стосовно організації та функціонування Збройних Сил України як у мирний час, так і під час проведення мобілізації. Так, Збройні Сили України можуть залучатися до широкого переліку відповідних заходів, які стосуються захисту життя та здоров'я людини та громадянина, а також об'єктів (майна) державної власності, що знаходиться поза межами України, посилення охорони державного кордону, участь у захисті суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні, забезпечення безпеки національно-морського судноплавства, вжиття заходів щодо надання допомоги іншим державам, а також інші заходи. Зазначені аспекти також потребують належного нормативного врегулювання. З цього приводу М. Пашинський наголошує на доцільності більш чіткої регламентації безпеково-правоохоронної функції Збройних Сил у межах виконання бойових завдань за призначенням¹⁰.

Необхідно враховувати і те, що для належної реалізації Збройними Силами України оборонної функції важливе значення має виважене і ефективне військово-політичне та адміністративне керівництво ними. Так, зокрема, Міністр оборони України здійснює військово-політичне та адміністративне керівництво Збройними Силами України, а також інші повноваження, передбачені законодавством. Під військово-політичним керівництвом Збройними Силами України розуміється діяльність, спрямована на забезпечення реалізації політики держави у Збройних Силах України, політичних та стратегічних цілей у сфері оборони, принципів і напрямів розвитку Збройних Сил України.

Що стосується адміністративного керівництва Збройними Силами України, то воно є такою діяльністю, яка спрямована на всебічне забезпечення життєдіяльності Збройних Сил України, їх функціонування та розвитку в межах виконання основних завдань державної політики у сфері оборони. Отже, можна простежити те, що і в межах адміністративного керівництва, і в межах військово-політичного керівництва Міністром оборони України спрямовується діяльність Збройних Сил на реалізацію оборонної функції держави. При цьому таке керівництво повинно бути здійснено з урахуванням того, що Збройні Сили України виступають як таке військово-формування, що органічно входить до структури сектору безпеки і оборони України.

Суттєве значення у механізмі реалізації оборонної функції займає Національна гвардія України, яка має правовий статус військового формування з правоохоронними функціями, що входить до системи Міністерства внутрішніх справ України. Відповідно до Закону України «Про національну гвардію України» від 13 березня 2014 р. № 876-VII вказане військово-формування призначено для виконання завдань із захисту та охорони життя, прав, свобод і законних інтересів громадян, суспільства і держави від кримінальних та інших протиправних посягань, охорони громадського порядку та забезпечення громадської безпеки, а також у взаємодії з правоохоронними органами – із забезпечення державної безпеки і захисту державного кордону, припинення терористичної діяльності, діяльності незаконних воєнізованих або збройних формувань (груп), терористичних організацій, організованих груп та злочинних організацій¹¹. Також Національна гвардія України бере участь у взаємодії зі Збройними Силами України у відсічі збройній агресії проти України та ліквідації збройного конфлікту шляхом ведення воєнних (бойових) дій, а також у виконанні завдань територіальної оборони. При цьому до основних функцій Національної гвардії України як одного із основних компонентів Сектору безпеки і оборони належать такі:

1) захист конституційного ладу України, цілісності її території від спроб зміни їх насильницьким шляхом;

2) участь у здійсненні заходів, пов'язаних з припиненням збройних конфліктів та інших провокацій на державному кордоні, а також заходів щодо недопущення масового переходу державного кордону з території суміжних держав;

- 3) участь у здійсненні заходів правового режиму воєнного стану;
- 4) участь у виконанні завдань територіальної оборони.

Враховувати і те, що Національна гвардія України виконує покладені на неї завдання у взаємодії з правоохоронними органами, Збройними Силами України, Управлінням державної охорони України, іншими утвореними відповідно до законів України військовими формуваннями, органами місцевого самоврядування, органами прокуратури, органами державної влади, громадськими об'єднаннями та релігійними організаціями, а також спільно з адміністрацією та режимними органами об'єктів, що охороняються, та населенням.

У межах реалізації оборонної функції певна роль відводиться також і Державній прикордонній службі України. Відповідно до Закону України «Про Державну прикордонну службу України» від 3 квітня 2003 р. № 661-IV даний орган здійснює завдання щодо забезпечення недоторканності державного кордону та охорони суверенних прав України в її прилеглий зоні та виключній (морській) економічній зоні¹². До того ж, вона може брати участь у боротьбі з організованою злочинністю та здійснювати протидію незаконній міграції на державному кордоні України та в межах контрольованих прикордонних районів.

З огляду на те, що Державна прикордонна служба України входить до єдиної структури сектору безпеки і оборони України, на неї покладається завдання із координації діяльності військових формувань та відповідних правоохоронних органів, пов'язаної із захистом державного кордону України та пропуску до тимчасово окупованої території і з неї, а також діяльності державних органів, що здійснюють різні види контролю при перетинанні державного кордону України та пропуску до тимчасово окупованої території і з неї або беруть участь у забезпеченні режиму державного кордону, прикордонного режиму і режиму в пунктах пропуску через державний кордон України та в контрольних пунктах в'їзду – виїзду.

Окрім зазначених інституцій, інші органи, які входять до сектору безпеки і оборони, також здійснюють систему важливих функцій, які відповідають сутності оборонної функції держави.

Висновки. Отже, на сектор безпеки і оборони України покладаються завдання, зв'язані з реалізацією оборонної функції держави. Разом із тим, саме Збройні Сили України, Національна гвардія України та Державна прикордонна служба виконують функції, що відповідають передусім сутності оборонної функції. Поряд із тим, певну проблему становить відсутність уніфікованого нормативного акта, який би регламентував налагодження взаємодії між інституціями сектору безпеки і оборони у межах реалізації завдань із забезпечення оборони держави. Підпорядкування військових інституцій і правоохоронних органів різним міністерствам і органам влади є чинником, який може негативно відобразитися на їх взаємодії у процесі виконання передбачених законодавством завдань. Вважаємо доцільним Президенту України, як главі держави і Верховному Головнокомандувачу Збройних Сил України, прийняти нормативний акт з питань налагодження взаємодії між складовими Сектору безпеки і оборони у процесі виконання завдань із збройного захисту територіальної цілісності України та забезпечення державного суверенітету.

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

² Сокурєнко В. Оборона як ефективний засіб забезпечення безпеки суспільства та держави. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 2. С. 159.

³ Про оборону України : Закон України від 06.12.1991 р. № 1932-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 9. Ст. 106.

⁴ Щербюк Н., Щербюк М. Особливості та шляхи реалізації функції оборони держави. *Історико-правовий часопис*. 2015. № 2 (6). С. 40.

⁵ Безпека та оборона. *Офіційний Інтернет сайт «Урядовий портал»*. URL: <https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/reformi/bezpeka-ta-oborona> (дата звернення: 01.12.2020)

⁶ Про демократичний цивільний контроль над воєнною організацією і правоохоронними органами держави: Закон України від 19.06.2003 р. № 975-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 46. Ст. 366.

⁷ Про основи національної безпеки України: Закон України від 19.06.2003 р. № 964-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 351.

⁸ Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 31. Ст. 241.

⁹ Про Збройні Сили України: Закон України від 06.12.1991 р. № 1934-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 9. Ст. 108.

¹⁰ Пашинський М.Й. Збройні Сили України в системі забезпечення оборони держави. *Юридичний електронний журнал*. URL: http://www.lsej.org.ua/4_2018/28.pdf (дата звернення: 05.12.2020).

¹¹ Про Національну гвардію України: Закон України від 13.03.2014 р. № 876-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 17. Ст. 594.

¹² Про Державну прикордонну службу України: Закон України від 03.04.2003 р. № 661-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 27. Ст. 208.

Резюме

Александров В.М. Сектор безпеки і оборони України в механізмі реалізації оборонної функції держави.

У статті висвітлено аспекти здійснення Сектором безпеки і оборони оборонної функції держави. На основі аналізу законодавства України висвітлено специфіку нормативної регламентації змісту категорії «оборона», а також різноманітність доктринального розуміння зазначеної категорії. Зазначено, що оборонна функція держави реалізується, фактично, всіма елементами владного механізму. Таким чином досягається стан готовності державних «сил оборони», необхідних для струмуван-

ня збройної агресії. Поряд із тим підкреслюється, що у межах механізму держави доцільно виокремити ті структури, компетенція яких безпосередньо передбачає здійснення оборонної функції.

Структура сектору безпеки і оборони містить чотири складові компоненти, які розмежовуються відповідно до свого функціонального призначення та юридичної природи. Зокрема: 1) сил безпеки; 2) сил оборони; 3) оборонно-промислового комплексу; 4) громадських об'єднань, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки. Варто звернути увагу і на те, що інституційно складові сектору безпеки і оборони України належать як до державного апарату, так і до інститутів громадянського суспільства.

Ключові слова: Україна, оборона, територіальна цілісність, сектор безпеки і оборони, суверенітет, Збройні Сили України, територіальні цілісність, агресія.

Резюме

Alexandrov V.M. Сектор безопасности и обороны Украины в механизме реализации оборонной функции государства.

В статье освещены аспекты осуществления сектором безопасности и обороны оборонной функции государства. На основе анализа законодательства Украины показаны специфика нормативной регламентации содержания категории «оборона», а также разнообразие доктринального понимания указанной категории. Отмечено, что оборонная функция государства реализуется фактически всеми элементами властного механизма. Таким образом достигается состояние готовности государственных «сил обороны», необходимых для сдерживания вооруженной агрессии. Наряду с этим отмечено, что в рамках механизма государства целесообразно выделить те структуры, компетенция которых непосредственно предусматривает осуществление оборонной функции.

Структура сектора безопасности и обороны содержит четыре компонента, которые разграничиваются по своему функциональному назначению и юридической природе. В частности: 1) сил безопасности; 2) сил обороны; 3) оборонно-промышленного комплекса; 4) общественных объединений, добровольно участвующих в обеспечении национальной безопасности. Стоит обратить внимание и на то, что институционально составляющие сектора безопасности и обороны Украины принадлежат как к государственному аппарату, так и к институтам гражданского общества.

Ключевые слова: Украина, оборона, территориальная целостность, сектор безопасности и обороны, суверенитет, Вооруженные Силы Украины, территориальная целостность, агрессия.

Summary

Vlacheslav Alexandrov. Security and defense sector of Ukraine in the mechanism of realization of the defense function of the state.

The article highlights the aspects of the Security and Defense Sector's defense function. Based on the analysis of the legislation of Ukraine, the specifics of the normative regulation of the content of the category "defense", as well as the diversity of doctrinal understanding of this category are highlighted. It is noted that the defense function of the state is realized, in fact, by all elements of the power mechanism. In this way, the state of readiness of the state "defense forces" necessary for the flow of armed aggression is achieved. Along with this, it was noted that within the framework of the state mechanism, it is expedient to single out those structures whose competence directly provides for the implementation of the defense function.

The structure of the security and defense sector contains four components, which are differentiated according to their functional purpose and legal nature. In particular, these are: 1) security forces; 2) defense forces; 3) defense-industrial complex; 4) public associations that voluntarily participate in ensuring national security. It is also worth noting that the institutional components of Ukraine's security and defense sector belong to both the state apparatus and civil society institutions.

The content of the categories "security forces" and "defense forces" is distinguished. Security forces are law enforcement and intelligence agencies, state bodies of special purpose with law enforcement functions, civil defense forces, as well as other bodies entrusted by the Constitution and laws of Ukraine with functions to ensure the national security of Ukraine. In turn, the defense forces include the Armed Forces of Ukraine, as well as other military formations, law enforcement agencies and intelligence agencies formed in accordance with the laws of Ukraine, as well as special purpose bodies with law enforcement functions, which are assigned by the Constitution and laws of Ukraine. The main institutional element of the Security and Defense Sector is the Armed Forces of Ukraine. It is the Armed Forces that protect the sovereignty of the state and territorial integrity, as well as ensure the inviolability of state borders. Emphasis is placed on the function of the National Guard of Ukraine and the State Border Guard Service of Ukraine as important components of the security and defense sector.

It is noted that today the subordination of military institutions and law enforcement agencies to various ministries and authorities is a factor that may negatively affect their interaction in the process of performing the tasks provided by law. Therefore, we consider it expedient for the President of Ukraine, as the Head of State and the Supreme Commander-in-Chief of the Armed Forces of Ukraine, to adopt a normative act on cooperation between the Security and Defense Sector in the process of armed defense of Ukraine's territorial integrity and state sovereignty.

Key words: Ukraine, defense, territorial integrity, security and defense sector, sovereignty, Armed Forces of Ukraine, territorial integrity, aggression.

О.О. БОЯРСЬКИЙ

Олександр Олександрович Боярський, кандидат юридичних наук, суддя міського суду м. Білгород-Дністровський Одеської області, докторант Інституту законодавства Верховної Ради України*
ORCID: 0000-0001-9107-4897

ЛЮДИНА В ТЕРИТОРІАЛЬНІЙ ГРОМАДІ: ТЕОРЕТИЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ЗНАХОДЖЕННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ

Постановка проблеми. Становлення і розвиток в Україні системи місцевого самоврядування (далі – МСВ), що було закріплено в Конституції України 1996 р. (див.: ст. ст. 5, 7, 92, розділ XI¹), стало дійсно подією революційного масштабу у пострадянській та багато в чому посттоталітарній державі, коли відбулися тектонічні зміни не тільки в трансформації розуміння системи функціонування публічної влади, а й у модифікації суспільної свідомості, яка стала рушійною силою в державотворчих та правотворчих процесах в умовах набуття нашою державою незалежності і суверенітету. Революційність такої події детермінується також тим, що вперше, не на рівні ідеологем, міфологем, декларацій, – держава звертає увагу на існування і функціонування в локальному соціумі пересиченої людини, яка, з одного боку, в умовах демократичної правової державності, а з іншого, – в умовах повсякденності здійснює свій життєвий цикл, реалізуючи свої індивідуальні інтенції, устремління, потреби, інтереси, агітюди. Така персоналізація публічної влади, розширення її гуманістичних засад і потенціалу не була характерною для радянського періоду розвитку державності, більш того, суперечила її командно-колективістським інтересам та сутності.

Отже, вперше, на конституційному рівні Українською державою було визнано існування системи локальних інтересів, продуцентом яких є територіальна спільнота – територіальна громада (далі – ТГ), що торкаються вирішення екзистенційних питань існування і функціонування такої ТГ та її членів – жителів відповідних адміністративно-територіальних одиниць держави, що були легалізовані як питання місцевого значення. Такі інтереси ТГ, згідно з чинними конституційними настановами, вирішуються, по-перше, через застосування специфічного історико-універсального соціально-правового інституту – саме місцевого самоврядування, яке реально надає ТГ та її членам можливості для самоорганізації в таку ТГ, самоідентифікації та самовияву інтересів у межах такої ТГ, а також самодіяльність щодо реалізації останніх, знов-таки в межах такої ТГ; по-друге, МСВ здійснюється або безпосередньо ТГ (через застосування відповідних механізмів безпосередньої демократії), або органами МСВ (далі – ОМСВ), що формуються самою ТГ в процесі демократичних виборів та призначень і діють на основі принципів представницької демократії. При цьому, по-третє, ТГ виступають як первинні суб'єкти МСВ, а тому ОМСВ повинні діяти від імені та в інтересах відповідних ТГ.

Проведений аналіз конституційних настанов об'єктивує, актуалізує і контекстуалізує важливе питання щодо визначення теоретичних підходів до розуміння ординарного знаходження та функціонування людини в межах ТГ, причому як її не тільки рівноправного, а й повноправного члена, який у процесі формування, визначення і вирішення ТГ питань місцевого значення, що носять суто колективний характер, одночасно має можливості вирішити і питання індивідуального характеру, від яких залежить стабільне здійснення ним свого життєвого циклу та формування відповідного рівня і якості життя.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Критично осмислені положення, аргументи та висновки щодо актуальних питань юридичної антропології, включаючи й проблематику формування феноменології ТГ та людини в її межах, а також її прав містяться в працях і вітчизняних, і зарубіжних учених різних історичних епох з: *історії*: Б. Андрушківа, Т. Вівгарина, П. Ігнатенка, М. Картавого, Н. Корабльова, О. Кульчицького, І. Лисяк-Рудницького, Л. Мяснікова, А. Нехашкіна, С. Пролеєва, Б. Цибалістого, Д. Чижевського, В. Шамрая, А. Шевцова, М. Шлемкевича, О. Фісуна, О. Чаплигіна, М. Юрія та ін.; *етнокультурології*: М. Костомарова, Л. Гумільова, Б. Цимбалістого, О. Нельги та ін.; *політології*: А. Авілова, М. Андріанова, А. Андреева, К. Гаджиева, І. Дубова, І. Кресіної, Л. Кормич, О. Мітіна, М. Назарова, С. Наумкіної, В. Петренка, О. Шестопалова та ін.; *психології*: М. Варія, Г. Дилигінського, А. Фурмана, Є. Шестопалова та ін.; *філософії*: В. Горського, Н. Мозгової, І. Огородник, М. Поповича, В. Табачковського, Ю. Федіва, Г. Горака, Р. Додонова, В. Жадько, Т. Ящука та ін.; *філософії права і правознавства*: Д. Андреева, М. Баймуратова, Р. Байніязова, О. Балинської, О. Батанова, В. Вовк, О. Гришук, Є. Копельців-Левицької, М. Козюбри, А. Колодія, Ю. Лободи, С. Максимова, Д. Меньяйлова, О. Мордовцевої, Ю. Оборотова, М. Орзіх, О. Омельчука, В. Погорілка, А. Романової, П. Рабіновича, С. Сливки, В. Синюкової, А. Токарської, І. Яковюка та ін.

© О.О. Боярський, 2020

* *Oleksandr Boyarsky, Ph.D. in Law, Doctoral candidate of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine*

До класичних праць з юридичної антропології в контекстуалізації ролі і місця людини в рамках людської територіальної спільноти належать роботи відомих зарубіжних вчених-юристів, антропологів, соціологів: Ф. фон Бенда-Бекманна, М. Блока, Ф. Боаса, Ф. Броделя, Г. Бутуля, Т. Гайгера, Ж.Ле Гоффа, Дж. Гріффітса, П. Динцельбахера, Ж. Дюбі, Ж. Карбоньє, К. Леві-Стросса, Б. Малиновського, Р. Мандру, Д.І. Мейєра, С.Е. Меррі, Г. Моргана, С. Ф. Мура, Х. Ортега-і-Гассета, А.Р. Редкліфа-Брауна, Н. Рулана, Г.Дж. Самнер-Мена, Т. Телленбаха, Р. Шпранделя, Л. Февра, Д. Філда та ін.

Вважаємо, що наявність великої кількості вчених-фахівців із різних напрямів суспільних знань, що займалися доктринальним супроводженням і забезпеченням досліджуваної проблематики, підтверджує не тільки її особливу складність, комплексність та системність, надає їй об'єктивний та актуальний характер, а й її суттєву складність для розуміння процесів, тенденцій, формування концептів у досліджуваній сфері, що додатково актуалізує необхідність посилення її доктринального супроводження і забезпечення.

Тому **метою** даної статті є дослідження теоретичних підходів до розуміння знаходження та функціонування людини в ТГ.

Виклад основного матеріалу. У процесі дослідження теоретичних підходів до розуміння знаходження та функціонування людини в межах ТГ необхідно враховувати декілька положень методологічної властивості, а саме:

– по-перше, трансформації розуміння системи функціонування публічної влади у пострадянській та багато в чому посттоталітарній державі, в контекстуалізації виокремлення та легалізації самостійного рівня такої влади – публічної самоврядної (муніципальної) влади (див. ст. 5 Конституції України), що означає не тільки реальне наближення людини до процесів формування, побудови і реалізації публічно-владних відносин на рівні ТГ в рамках МСВ, а й до суттєвого зростання гуманістичного потенціалу в процесі формування демократичної правової державності (пріоритетність управлінського фактору в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-друге, модифікація суспільної свідомості в контекстуалізації та розвитку ідеології муніципалізму², яка стала рушійною силою в державотворчих та правотворчих процесах в умовах набуття нашою державою незалежності й суверенітету, їх розвитку і вдосконалення, – є свідомим повороту держави до людинозмірної критеріальної оцінки найважливіших процесів, що розгортаються навколо існування суспільства, держави, права (фактор трансформації та формування нової суспільної свідомості в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-третє, акцентуація уваги держави на існуванні і функціонуванні локального соціуму, де в умовах повсякденності існує і функціонує пересичена людина, здійснюючи свій життєвий цикл, є могутнім засобом демократизації суспільства і держави, скерованим на забезпечення гармонійних відносин між людиною, суспільством і державою в контекстуалізації забезпечення прав, свобод і законних інтересів людини в рамках МСВ, на базі якого зароджується, формується, функціонує, розвивається і вдосконалюється інституційна структура громадянського суспільства (фактор гармонізації інтересів у рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-четверте, визнання державою на конституційному рівні особливої інтеграційної, універсальної та релятивістської цінності і потенціалу ТГ, як первинного суб'єкта МСВ, є визнанням і констатацією факту, що саме ТГ і тільки ТГ в умовах існування демократичної правової державності виступає єдиним та природним простором формування і вияву людиною індивідуальних інтенцій, устремлень, потреб, інтересів, атиюдів, що трансформує ТГ не тільки в концепт МСВ, важливий фактор-суб'єкт і фактор-об'єкт сучасної державності, а й у простір формування, вияву і реалізації прав і свобод людини, її законних інтересів (аксіологічний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-п'яте, персоналізація публічної влади, розширення її гуманістичних засад і потенціалу за рахунок визначення особливої ролі і значення ТГ в процесах інституціоналізації та конституціоналізації публічної самоврядної (муніципальної) влади, корінним чином трансформує саму публічну владу, спираючись на її внутрішньоколективістські засади, у публічну владу соціально-демократичної державності, що відрізняється від публічної влади радянського періоду розвитку державності, що була заснована на партійному вождизмі, авторитаризмі, командно-колективістських засадах, інтересах та сутності (трансформаційний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-шосте, визнання на конституційному рівні вперше Українською державою існування системи локальних інтересів, продуцентом і репродуцентом яких є ТГ, та які торкаються вирішення екзистенційних питань існування і функціонування ТГ та її членів – жителів відповідних адміністративно-територіальних одиниць держави, які були сформовані в процесі історичного існування людських спільнот, а потім легалізовані як питання місцевого значення (питання місцевого життя), є яскравим свідомим нівелювання та нейтралізації одержавлення задач і функцій держави, могутнім виявом людиноцентричності в її діяльності, а також у діяльності її органів та посадових осіб, в гуманістичній модернізації юридичних форм державної діяльності (трансформація предметно-об'єктного фактору в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-сьоме, застосування державою історично апробованого та природно-реалізуемого соціально-правового інституту МСВ, що виник ще на стадії існування первісної громади та в багатьох аспектах фактично передував виникненню державності та її подальшому вдосконаленню за рахунок побудови локальної системи життєдіяльності, а також в її рамках, – системи вияву і захисту прав і свобод людини в рамках ТГ, яка надає своїм членам-жителям реальні можливості для самоорганізації в таку ТГ, самоідентифікації та само-

вияву індивідуальних інтересів у межах такої ТГ, а також самодіяльність щодо реалізації останніх, знов-таки в межах такої ТГ (гуманістично-охоронюваний фактор у рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-восьме, в рамках ТГ відбуваються могутні процеси формування і реалізації локальної демократії, бо МСВ здійснюється тут або безпосередньо самою ТГ (через застосування відповідних механізмів безпосередньої демократії), або органами МСВ (далі – ОМСВ), що формуються тією ж ТГ в процесі демократичних виборів та призначень і діють на основі принципів представницької демократії (демократично-оновлюваний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-дев'яте, саме ТГ виступає не тільки як первинний суб'єкт МСВ, а й як центральний субстрат локального соціуму, який детермінує та породжує його індивідуально-, групово- та колективно вимірювані інтереси. Звідси, ОМСВ, що сформовані такими ТГ, повинні діяти тільки від імені та в інтересах цих ТГ, створюючи систему нормативних зобов'язань та їх виконання на засадах своїх прав, обов'язків, предметів відання, компетенції, відповідальності, виборності, конкурсного заміщення посад, реалізації настанов муніципальної служби тощо, під пильним контролем ТГ (універсально-облігаторний фактор у рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-десяте, саме в ТГ формуються правила поведінки її членів, які набувають нормативного характеру через легалізацію їх представницькими та виконавчими ОМСВ, у результаті чого саме ТГ виступає простором нормативної регламентації та регулювання на локальному рівні (локально-нормативний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-одинадцять, саме ТГ виступає соціальним суб'єктом простором, де здійснюється реалізація нормативних настанов, що прийняті законодавчою та виконавчою владою з різних питань соціального розвитку, включаючи права і свободи людини і громадянина (універсально-нормативний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-дванадцять, саме ТГ виступає тим соціальним колективним суб'єктом в рамках якого виникають, формуються, розвиваються, змінюються, припиняються численні комунікативні зв'язки, що виникають між членами ТГ-жителями в контекстуалізації здійснення ними свого життєвого циклу на індивідуальному, груповому та колективному (мікро-, мезо-, макро-) рівнях і що мають об'єктивно-обов'язковий екзистенційний характер³ (комунікативний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-тринадцять, вважаючи на те, що МСВ в умовах глобалізації формується та розвивається як міжнародно-правовий феномен, тобто об'єкт міжнародно-правової регламентації та регулювання, ТГ, що виступає його основоположним суб'єктом, стає суб'єктом, що наділений відповідною часткою міжнародної правосуб'єктності, а це детермінує наділення її відповідним глобалізаційним потенціалом⁴ (міжнародно-правовий фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-чотирнадцять, в рамках ТГ між її членами формується, розвивається та реалізується велика кількість цивільно-правових відносин, які ускладнені іноземним елементом, що детерміновані реалізацією їх інтересів у сфері міжнародного приватного права (питання місця проживання іноземців, шлюб з іноземцем, виховання дітей, власності, спадкового права тощо) (міжнародно-приватний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-п'ятнадцять, в рамках ТГ виникає системний комплекс взаємодії та співробітництва між її членами-жителями, що скерований не тільки на вирішення і реалізацію екзистенційних питань існування та функціонування самої громади як територіальної спільноти, а й окремих її членів, їх груп у дусі сприяння і взаємної допомоги (колаборативний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-шістнадцять, в рамках ТГ в процесі міжсуб'єктної взаємодії між її членами-жителями виникає стан, який характеризується ситуацією спілкування, причому учасники акту такого спілкування є єдиними у їх відношенні до денотату, в нашому випадку, до створення належних соціально-ресурсних умов існування територіальної спільноти (конотативний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-сімнадцять, в рамках ТГ між її членами-жителями виникають та реалізуються могутні процеси конвергенції через наявність у них єдиних історичних, географічних, екологічних, психологічних, ментальних ознак та властивостей, що у підсумку сприяє виникненню у такої спільноти та її членів комплексу схожих ознак, що характеризують їх як єдину спільноту або члена такої єдиної спільноти (конвергенційний фактор у рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-вісімнадцять, в рамках ТГ між її членами-жителями в процесі сумісної життєдіяльності виникають не тільки нормативні відносини, що детерміновані нормами національного законодавства і локальної нормотворчості, а й великий масив відносин, які можна охарактеризувати як відносини, що мають дискреційний характер та які виникають в процесі творчого осмислення і практичного застосування нормативних настанов, що регулюють локальне життя (дискреційний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-дев'ятнадцять, у становленні й розвитку ТГ велике значення має наратив, тобто самостійно створена розповідь про деяку множину взаємопов'язаних подій, які подаються у вигляді послідовності подій або образів, що зв'язані з історичною ретроспективою виникнення, розвитку і функціонування конкретної ТГ. Тобто йдеться про проблематику репрезентації територіальної спільноти (наративний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-двадцять, в межах ТГ протягом її історичного розвитку проходять могутні процеси формування ментальності територіальної спільноти (від лат. mens – пов'язаний з духом, духовністю) – спосіб мислення, загальна духовна налаштованість, установка індивіда або соціальної групи (наприклад етнічного, професій-

ного або соціального прошарку) до навколишнього світу⁵ та менталітету кожного з її членів – жителів, у вигляді сукупності соціально-психологічних настанов, автоматизмів та навичок свідомості, які формують способи бачення світу та уявлення людей, що належать до тієї або іншої культурної спільноти⁶, що пов'язані з важливою проблемою самоідентифікації, причому як всієї спільноти, так і її членів. Такий процес має тривалий, постійний характер, бо на відміну від доктрин та ідеологічних конструкцій, що є завершеними та осмисленими системами, його характеризує відкритість, незавершеність, сприйнятливість (ментально-статичний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– по-двадцять перше, ТГ та її члени-жителі в умовах повсякденності постійно здійснюють відповідні дії, реалізують певні соціальні індивідуальні, групові, колективні настанови, що детерміновані їх ментальністю й менталітетом і репрезентують їх як характерологічно визнану спільноту та суб'єктів, що мають до неї відношення та є її членами (ментально-динамічний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.);

– насамкінець, по-двадцять друге, в наведених факторах (процесах) виникає, формується, стабілізується, розвивається та вдосконалюється суттєва роль конкретної людини як члена локального соціуму, яка протистоїть йому своїми локально-індивідуальними інтенціями, потребами, інтересами, атитюдями, що, за власним рахунком, часто суперечать колективним інтересам такого соціуму (спільноти, ТГ), але які повинні бути у підсумку їм підпорядкованими з наданням ним синергетичної властивості та з наступним входженням у безконфліктну зону системи комунікативної взаємодії (індивідуально-колективний фактор в рамках існування та функціонування ТГ. – Авт.).

Вважаємо, що наведені фактори, які виникають у рамках існування та функціонування ТГ, допоможуть розкрити теоретичні підходи до розуміння знаходження та функціонування людини-жителя в територіальній спільноті.

Одразу ж необхідно наголосити на тому, що крім суто соціальних, нормативних, глобалізаційних факторів, що торкаються проблематики входження людини (особистості) до ТГ, велику роль відіграють психологічні фактори, що детермінуються різними аспектами індивідуальних та колективних відносин, які відбуваються на рівні індивідуального і колективної свідомості людей, що задіяні в системі комунікативних відносин на рівні МСВ, включаючи відносини на міжособистісному та колективному рівнях, між людиною та ТГ, між людиною та ОМСВ тощо.

У наведеному аспекті важливу роль, на нашу думку, а також на думку представників психологічної науки, відіграє феноменологія самопрезентації особистості, що:

– по-перше, приваблює численних дослідників, які намагаються розібратися в її змістовній наповненості, аксіологічній обґрунтованості, праксеологічній функціональності;

– по-друге, досить чітко демонструє свою об'єктивну основу та необхідність;

– по-третє, яскраво та переконливо доводить її доброякісність через перманентний вияв у різних сферах діяльності людини;

– по-четверте, обґрунтовує самопрезентацію як невід'ємний атрибут будь-якої соціальної взаємодії, особливо враховуючи те, що остання лежить в основі МСВ;

– по-п'яте, формує уяву та розширене розуміння самопрезентації як складного соціально-психологічного феномена, виключаючи з наукового вжитку стереотипно «вузьке» уявлення про її свідомо маніпулятивний характер⁷.

Розглядаючи наведений феномен у контексті його змістовного навантаження, необхідно зазначити, що у дефінітивному розумінні термін «самопрезентація» (від англ. self – «Я сам» і «уявлення, піднесення») (дефінітивний критерій. – Авт.) використовується сьогодні практично у всіх гуманітарних науках і найчастіше у вузькому спектрі значень: як специфічна усвідомлена діяльність людини в певних ситуаціях; маніпулятивна поведінка, що спрямована на створення певного свого образу в очах інших і т. п. (праксеологічний критерій. – Авт.).

У контексті актуальності досліджуваного феномена необхідно зазначити, що в останні роки помітним стало суттєве збільшення кількості вітчизняних і зарубіжних досліджень його різних сторін, причому, в різних галузях гуманітарного знання (психології, культурології, соціології, соціальної філософії, культурної антропології, психолінгвістики та ін.) (доктринальний критерій. – Авт.).

У практичному аспекті можна зазначити, що вже накопичено великий обсяг матеріалу, однак відсутнє узагальнене, системне розуміння самопрезентації особистості, причиною чого виступає те, що кожна наукова дисципліна розглядає самопрезентацію тільки у вузькому сенсі, причому з точки зору свого специфічного категоріального апарату і тієї предметної області, в якій вона розглядається (негативно-праксеологічний критерій. – Авт.). Таке становище, на думку дослідниці-фахівця психологічної науки О.А. Пікульової, зумовлено невизначеністю обсягу і змісту терміна «самопрезентація» при його використанні в психології, імпліцитно прийнятою установкою пов'язувати самопрезентацію тільки зі специфічною короткостроковою діяльністю з усвідомленого управління виробленим враженням⁸.

Отже, вважаємо, що в основі самопрезентації людини в рамках МСВ взагалі та в рамках ТГ зокрема лежить її устремління продемонструвати себе як особистість у межах певної територіальної спільноти через власну поведінку, що включає відповідні дії або утримання від них. Тобто основоположним у процесі самопрезентації насамперед виступає поведінковий вираз «образа Я», для якого головними засобами служать мовна і невербальна поведінка особистості, оформлення зовнішнього обліку через вияв індивідуальних інтенцій, потреб, інтересів, атитюдів (індивідуальна поведінкова настанова. – Авт.). Бо саме така поведінка є найбільш

ефективним і оптимальним способом регулювання взаємодії суб'єкта з соціальним середовищем, в якому він функціонує та здійснює свій життєвий цикл (межі ТГ). Отже, саме така поведінка виступає важливою складовою процесу соціальної комунікативної взаємодії людини з іншими членами локального соціуму (встановлення і регулювання соціальної взаємодії людини-суб'єкта з іншими суб'єктами локальної спільноти. – Авт.).

Крім того, можна погодитись з думкою В.В. Хороших, що крім цього самопрезентація, виконуючи функцію стимуляції спілкування на етапі встановлення контакту, функцію підтримки спілкування, виступає одним із механізмів продукування змін до Я-концепції людини, що є засобом саморегулювання⁹. Тобто важливою складовою само презентації є не тільки можливість своєю поведінкою заявити про себе, скільки в рамках цієї можливості співвідносити свої інтенції, потреби, інтереси, атитюди з аналогічними інтенціями, потребами, інтересами, атитюдами інших людей-членів ТГ. Отже, саме так виникає паритет інтересів, що лежить в основі комунікативної взаємодії жителів-членів ТГ.

Виходячи з наведеного вище, вважаємо за можливе побудувати процесуальний ланцюжок, що відображає роль і значення самопрезентації людини (особистості) в рамках ТГ. На нашу думку, він може бути побудований таким чином: «людина (особистість)-член ТГ» – «індивідуальна поведінка людини (особистості)-члена ТГ з урахуванням власних інтенцій, потреб, інтересів, атитюдів в межах ТГ» – «співвіднесення власних інтенцій, потреб, інтересів, атитюдів людини (особистості)-члена ТГ з аналогічними проявами інших жителів-членів ТГ» – «саморегуляція людиною (особистістю)-членом ТГ своїх власних інтенцій, потреб, інтересів, атитюдів відповідно до колективних інтересів інших членів ТГ» – «виникнення комунікативної взаємодії між членами ТГ на засадах загальних колективно-власних інтенцій, потреб, інтересів, атитюдів».

Системний аналіз запропонованого нами процесуально-стадійного ланцюжка має під собою солідну інтегрально-філософську базу, суттєву доктринально-нормативну основу, він відображає аксіологічні настанови МСВ та параметрально-телеологічні цінності становлення, функціонування, розвитку й удосконалення ТГ, передбачає соціальну активність та високу мотивацію людини (особистості)-члена ТГ, бо демонструє її вміння будувати гармонічні відносини з іншими членами локального соціуму в умовах МСВ та діяльності ОМСВ за рахунок або нівелювання своїх індивідуальних настанов на користь інтересам локального соціуму, або шляхом їх коригування, синергізації, адаптації до колективних потреб. Крім того, це демонструє, що самопрезентація людини (особистості) активно формує і наявно демонструє її самоцінність, здатність до самоідентифікації, самоорганізації, самодіяльності, самоврядування, а також вміння вибудовувати баланс інтересів через людинорозмірність та застосування технології співвідношення індивідуальних і колективних інтересів, віддаючи пріоритет інтерсуб'єктивності.

Висновки. Резюмуючи, можна зазначити, що наведений висновок підтверджується насамперед екзистенційними настановами соціального призначення ТГ, її існування і функціонування як соціального простору здійснення життєвого циклу людини, а також самоцінністю феноменології самопрезентації, що лежить фактично в основі всіх соціальних взаємодій у локальному суспільстві, бо виступає універсальним і оптимальним засобом побудови комунікативної взаємодії всередині локальної спільноти, а тому є найважливішим засобом існування людини в рамках ТГ в умовах МСВ.

Крім того, враховуючи, що самопрезентація людини (особистості) є повсякденною, ординарною, спільною і фундаментальною характеристикою соціальної поведінки, вона може здійснюватися як усвідомлено, так і неусвідомлено. Підтвердженням такого висновку виступає той факт, що:

– по-перше, самопрезентація являє собою складну цілісну і системну сукупність взаємопов'язаних компонентів, які базуються на індивідуальних інтенціях, потребах, інтересах, атитюдах людини, що формуються, проявляються і реалізуються в межах ТГ в умовах МСВ;

– по-друге, зміст таких компонентів (настанов) визначається наявністю суб'єктно-об'єктної діяльності з різним ступенем усвідомлення, виходячи з особливостей життєвих ситуації і об'єкта самопрезентації, що детермінуються особистісними особливостями суб'єкта самопрезентації;

– по-третє, виступаючи по своїй суті інтегральним соціально-психологічним феноменом, що виявляється, проявляється, реалізується в поведінці конкретної людини в ситуаціях виникнення соціальної взаємодії з іншими членами ТГ, які зумовлені особистісними, мотиваційними та ситуаційними чинниками, самопрезентація є єдиним універсально-поведінковим засобом щодо реалізації індивідуально-колективістських і екзистенційних настанов призначення та існування локальної територіальної спільноти в умовах МСВ.

¹ Конституції України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Батанов О.В. Муніципалізм як категорія сучасного муніципального права: постановка проблеми. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 4. С. 102–108. С. 102–103.

³ Штурхецький С.В. Комунікативний потенціал місцевого самоврядування в Україні. Рівне: ТОВ «Овід», 2011. 148 с. С. 19–30.

⁴ Бобровник Д.О. Глобалістський потенціал територіальної громади: теоретичні підходи до визначення. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 2. С. 79–85. С. 82.

⁵ Киричук О.В. Ментальність: сутність, функції, генеза. *Ментальність. Духовність. Саморозвиток особистості: тези доповідей та матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Луцьк, 18–25 червня 1994 р.)* / за ред. О.В. Киричука, О.П. Колісника, М.-Л.В. Чепи. Київ; Луцьк.: ВІПОЛ, 1994. С. 7–20. С. 8.

⁶ Ментальність. Вікіпедія. *Вільна енциклопедія*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Ментальність>

⁷ Пикулёва О.А. Психологическая многозначность понятия «самопрезентация личности» и современные научные подходы к пониманию его содержания. *Социальная психология и общество*. 2013. № 2. С. 21–37. С. 21.

⁸ Там само. С. 21–22.

⁹ Хороших В.В. Психологические факторы успешности самопрезентации: дисс. ... канд. психол. наук: 19.00.05. Санкт-Петербург, 2001. 18 с. С. 11.

Резюме

Боярський О.О. Людина в територіальній громаді: теоретичні підходи до розуміння знаходження та функціонування.

У статті досліджуються теоретичні підходи до розуміння знаходження та функціонування людини в територіальній громаді як її члена.

Доведено, що актуальність зазначеної проблематики детермінується тим, що вперше, на конституційному рівні, Українською державою було визнано існування системи локальних інтересів, продуцентом яких є територіальна спільнота – територіальна громада.

Аргументовано, що феноменологія самопрезентації людини (особистості) в територіальній громаді має під собою солідну інтегрально-філософську базу, суттєву доктринально-нормативну основу, відображає аксіологічні настанови місцевого самоврядування та параметрально-телеологічні цінності становлення, функціонування, розвитку й удосконалення громади, передбачаючи соціальну активність та високу мотивацію людини (особистості)-члена громади.

Ключові слова: місцеве самоврядування, територіальна громада, органи місцевого самоврядування, житель-член територіальної громади, входження людини (особистості) в громаду, феномен самопрезентації людини (особистості).

Резюме

Боярский А.А. Человек в территориальной громаде: теоретические подходы к пониманию нахождения и функционирования.

В статье исследуются теоретические подходы к пониманию нахождения и функционирования человека в территориальной громаде как ее члена.

Доказано, что актуальность данной проблематики детерминруется тем, что впервые на конституционном уровне Украинским государством было признано существование системы локальных интересов, продуцентом которых является территориальная общность – территориальная громада.

Аргументировано, что феноменология самопрезентации человека (личности) в территориальной громаде имеет под собой солидную интегрально-философскую базу, существенную доктринально-нормативную основу, отражает аксиологические установки местного самоуправления и параметрально-телеологические ценности становления, функционирования, развития и совершенствования общества, предопределяя социальную активность и высокую мотивацию человека (личности)-члена громады.

Ключевые слова: местное самоуправление, территориальная громада, органы местного самоуправления, житель-член территориальной громады, входение человека (личности) в громаду, феномен самопрезентации человека (личности).

Summary

Olexandr Boyarsky. Man in the territorial community: theoretical approaches to understanding the location and functioning.

The article examines the theoretical approaches to understanding the location and functioning of man in the local community as a member.

It is proved that the urgency of this issue is determined by the fact that for the first time, at the constitutional level, the Ukrainian state has recognized the existence of a system of local interests, produced by the territorial community – territorial community, concerning the existential issues of its existence and functioning. territorial units of the state, which were legalized as issues of local importance. Thus, such interests of the community, according to the current constitutional guidelines, are solved, first, through the use of a specific historical and universal social and legal institution – local self-government, which really gives the community and its members opportunities for self-organization in such a community, self-identification and self-expression. within such a community, as well as initiatives to implement the latter, again within such a community. In addition, it is argued that local self-government is exercised either directly by such a community (through the use of appropriate mechanisms of direct democracy) or by local governments formed by the community itself in the process of democratic elections and appointments and acting on the principles of representative democracy. At the same time, territorial communities act as the primary subjects of local self-government, and therefore local self-government bodies must act on behalf of and in the interests of the respective communities.

It is argued that the phenomenology of self-presentation of man (personality) in the territorial community has a solid integral-philosophical basis, a significant doctrinal-normative basis, reflects axiological guidelines of local government and parametric-teleological values of formation, functioning, development and development and high motivation of a man (personality) – a member of the community, because it demonstrates its ability to build harmonious relationships with other members of local society in local government and its bodies by either leveling their individual guidelines in favor of local society, or by adjusting, synergizing, adaptation to collective needs. In addition, it demonstrates that the self-presentation of a man (personality) actively forms and demonstrates its self-worth, ability to self-identification, self-organization, self-activity, self-government, as well as the ability to build a balance of interests through human size and application of individual and collective interests (intersubjectivity).

Key words: local self-government, territorial community, local self-government bodies, resident-member of the territorial community, entry of a man (personality) into the community, phenomenon of self-presentation of a man (personality).

С.М. ГРЕЦА

*Світлана Михайлівна Греца, кандидат юридичних наук, доцент Ужгородського національного університету**

ORCID: 0000-0002-9174-7454

ПОДАТКОВА ЗАСТАВА ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ОБОВ'ЯЗКУ ЗІ СПЛАТИ ПОДАТКІВ І ЗБОРІВ

Постановка проблеми. У системі конституційних обов'язків важливе місце займає обов'язок сплачувати податки і збори в порядку і розмірах, встановлених законом, який встановлений ст. 67 Конституції України.

Як слушно зазначає О. Білоскурська, людина, перебуваючи в суспільстві, постійно взаємодіє з іншими людьми, а тому вона не може не мати обов'язків стосовно суспільства, інших осіб, держави і не може відмовитися від виконання своїх конституційних обов'язків, передусім тому, що вони виступають засобом забезпечення конституційних прав і свобод. Невиконання своїх обов'язків окремими суб'єктами суспільства призводить до обмеження прав і свобод інших суб'єктів суспільства, що, в свою чергу, створює умови для виникнення суттєвих непорозумінь між людьми¹.

Дійсно, невиконання або неналежне виконання обов'язків зі сплати податків та зборів призводить до дисбалансу суспільних та приватних інтересів, створює ризики неможливості повноцінного виконання державою своїх завдань та функцій, порушення прав та законних інтересів суб'єктів, які мають право на бюджетне фінансування.

Проблеми виконання конституційних обов'язків є предметом наукових досліджень українських і зарубіжних вчених. Однак порівняно з дослідженням забезпечення реалізації прав людини їм приділяється значно менша увага. Водночас належне виконання конституційного обов'язку зі сплати податків і зборів має надзвичайно важливе значення для суспільства, тому дослідження способів забезпечення виконання цього обов'язку на сьогодні залишається одним із найбільш актуальних у теорії податкового права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивченню даного питання було присвячено чимало праць та наукових досліджень загальнотеоретичного фінансово-правового характеру, серед яких слід відмітити роботи Д.М. Белова, Ю.М. Бисаги, Я.В. Греци, М.П. Кучерявенка, Т.А. Латковської, О.П. Орлюк, Л.А. Орлюк, Н.Я. Якимчук.

Формулювання мети статті. Метою даного дослідження є визначення правових аспектів та особливостей застосування такого способу забезпечення виконання конституційного обов'язку зі сплати податків і зборів, як податкова застава.

Виклад основного матеріалу. Виконання обов'язку зі сплати податків і зборів ґрунтується на кількох факторах, серед яких слід виділити такі: 1) наявність системи законодавства, що встановлює правові засади податкової системи держави, механізм сплати податків, права та обов'язки суб'єктів податкових правовідносин; 2) рівень податкової культури та податкової дисципліни платника податків; 3) потенційна можливість застосування державного примусу в разі порушення норм податкового законодавства².

Виконання платниками податків та іншими суб'єктами податкового обов'язку обов'язково не може спиратися лише на високий рівень їх правової культури і усвідомлення суспільної значущості передбаченої нормами податкового права належної поведінки. У сучасних умовах для забезпечення необхідного рівня податкових надходжень великого значення набуває застосування заходів державного примусу³.

Однією із визначальних ознак податку є його обов'язковість. Норми податкового законодавства передбачають юридичну відповідальність у разі невиконання або неналежного виконання податкового обов'язку.

Виконання конституційного обов'язку, передбаченого ст. 67 Конституції України, реалізується сплатою кожним податків і зборів. Встановлення системи оподаткування, податків і зборів, їх розмірів та порядку сплати є виключно прерогативою закону. При унормуванні цих суспільних відносин держава має право визначати механізми, які забезпечують платником належну сплату податків і зборів.

М.П. Кучерявенко, визначаючи способи забезпечення виконання обов'язку зі сплати податків, називає серед них такі, як податкова застава, пеня і адміністративний арешт майна платника податків⁴.

Одним із способів такого забезпечення є інститут податкової застави. Вперше він був запроваджений в Україні Указом Президента України «Про заходи щодо підвищення відповідальності за розрахунки з бюджетами та державними цільовими фондами» від 4 березня 1998 р. Закріплення на рівні закону інститут податкової застави набув з прийняттям Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків

перед бюджетами та державними цільовими фондами». У подальшому він знайшов своє відображення в нормах Податкового кодексу України.

Податкова застава – спосіб забезпечення сплати платником податків грошового зобов'язання та пені, не сплачених таким платником у строк, визначений законом. У разі невиконання платником податків грошового зобов'язання, забезпеченого податковою заставою, податковий орган звертає стягнення на майно такого платника, що є предметом податкової застави.

Право податкової застави виникає згідно із законом та не потребує письмового оформлення. Разом з тим орган державної податкової служби зобов'язаний безоплатно зареєструвати податкову заставу у відповідному державному реєстрі⁵.

Право податкової застави виникає в разі несплати у строки, встановлені законом, суми грошового зобов'язання, самостійно визначеної платником податків у податковій декларації або визначеної контролюючим органом, з дня виникнення податкового боргу. Воно поширюється на будь-яке майно платника податків, яке перебуває в його власності (господарському підпорядкуванні або оперативному управлінні) у день виникнення такого права і балансова вартість якого відповідає сумі податкового боргу платника податків, а також на інше майно, на яке платник податків набуде прав власності в майбутньому. Згідно з п. 89.2 ст. 89 Податкового кодексу України у разі якщо балансова вартість такого майна не визначена, його опис здійснюється за результатами оцінки, яка проводиться відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні».

Майно, на яке поширюється право податкової застави, оформляється актом опису. Для забезпечення належного виконання конституційного обов'язку зі сплати податків і зборів важливо, щоб до акта опису включалося ліквідне майно, яке можливо використати як реальне джерело погашення податкового боргу.

Законом передбачено, що керівник органу державної податкової служби за місцем реєстрації платника податків, який має податковий борг, призначає такому платнику податків податкового керуючого. Податковий керуючий описує майно платника податків, який має податковий борг, у податкову заставу, здійснює перевірку стану збереження майна, що перебуває в податковій заставі, проводить опис майна, на яке поширюється право податкової застави, для його продажу у випадках, передбачених законом, одержує від боржника інформацію про операції із заставленим майном, а в разі його відчуження без згоди органу державної податкової служби (за умови, коли наявність такої згоди має бути обов'язковою згідно з вимогами закону) вимагає пояснення від платника податків або його службових (посадових) осіб. У разі продажу в рахунок погашення податкового боргу майна платника податків, на яке поширюється право податкової застави, податковий керуючий має право отримувати від такого платника податків документи, що засвідчують право власності на зазначене майно.

Однією із дієвих гарантій забезпечення виконання податкового обов'язку, а також реалізації повноважень податкового керуючого є норма, яка передбачає, що у разі якщо платник податків не допускає податкового керуючого для здійснення опису майна такого платника податків у податкову заставу та/або не подає документів, необхідних для такого опису, податковий керуючий складає акт відмови платника податків від опису майна у податкову заставу. У такому випадку орган державної податкової служби звертається до суду щодо зупинення видаткових операцій на рахунках платника податків, заборону відчуження таким платником податків майна та зобов'язання такого платника податків допустити податкового керуючого для опису майна у податкову заставу. Крім того, до платника податків у такому випадку може бути застосований більш жорсткий захід податкового примусу – адміністративний арешт його майна.

Платник податків зберігає право користування майном, що перебуває в податковій заставі, якщо інше не передбачено законом. При цьому він може відчужувати таке майно тільки за згодою органу державної податкової служби, а також у разі, якщо орган державної податкової служби упродовж десяти днів з моменту отримання від платника податків відповідного звернення не надав такому платнику податків відповіді щодо надання (ненадання) згоди. Якщо в податковій заставі перебуває лише готова продукція, товари та товарні запаси, платник податків може відчужувати таке майно без згоди органу державної податкової служби за кошти за цінами, що не є меншими за звичайні, та за умови, що кошти від такого відчуження будуть направлені в повному обсязі в рахунок виплати заробітної плати, єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та/або погашення податкового боргу.

Майно платника податків звільняється з податкової застави з дня:

- 1) отримання контролюючим органом підтвердження повного погашення суми податкового боргу та/або розстрочених (відстрочених) грошових зобов'язань і процентів за користування розстроченням (відстроченням) в установленому законодавством порядку;
- 2) визнання податкового боргу безнадійним;
- 3) набрання законної сили відповідним рішенням суду про припинення податкової застави у межах процедур, визначених законодавством з питань банкрутства;
- 4) отримання платником податків внаслідок проведення процедури адміністративного або судового оскарження або в інших випадках, передбачених законом, рішення відповідного органу про визнання протиправними та/або скасування раніше прийнятих рішень щодо нарахування суми грошового зобов'язання;
- 5) отримання платником податків згоди контролюючого органу на відчуження майна, що перебуває у податковій заставі⁶.

Водночас слід наголосити, що реалізація права податкової застави, тобто його продаж податковим органом, може здійснюватися виключно у разі недостатності коштів у платника податків. Таким чином, спочатку податковий орган повинен вжити заходів щодо стягнення грошових коштів (які знаходяться на рахунках у банках або готівки), і тільки після цього він може вживати заходів щодо стягнення податкового боргу за рахунок майна. Необхідно врахувати, що як стягнення коштів, так і звернення стягнення на майно може бути реалізовано виключно за рішенням суду. Такий підхід у цілому узгоджується із нормами ст. 41 Конституції України, відповідно до якої ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього й повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом.

Разом із тим, як свідчить практика розгляду податкових спорів, якщо податковий орган звертається з позовом про стягнення податкового боргу в загальному позовному провадженні, розгляд такого позову може зайняти тривалий час, а враховуючи необхідність пройти дві судові процедури (спочатку стягнення за рахунок коштів, а потім – за рахунок майна), ефективність такого способу забезпечення податкового обов'язку, як податкова застава, значно знижується. Часто такий тривалий процес не відповідає інтересам самого платника податків, адже протягом усього часу, аж до повного погашення податкового боргу, нараховується пеня за несвоєчасну сплату податків, що тільки збільшує заборгованість платника. Тому в нормах закону варто передбачити позасудовий механізм звернення стягнення на предмет податкової застави у випадках, коли платник податків дає згоду на це.

Висновки. Інститут податкової застави є одним із основних способів забезпечення виконання конституційного обов'язку зі сплати податків і зборів. Опис ліквідного майна і реєстрація права податкової застави у відповідному державному реєстрі унеможлиблює зловживання з боку платника податків, відчуження майна з метою уникнення погашення податкового боргу. Звернення стягнення на майно, яке перебуває в податковій заставі, на підставі рішення суду, забезпечує конституційні гарантії захисту права власності платників податків. Разом із тим, для підвищення ефективності цього інституту у нормах податкового права слід передбачити механізм позасудового звернення стягнення на заставлене майно у випадках, коли платник податків дає на це письмову згоду. Також такий позасудовий механізм міг би застосовуватися в разі відстрочення або розстрочення виконання податкових зобов'язань (за умови невиконання платником податків своїх зобов'язань) і закріплюватися у відповідному договорі між платником податків та податковим органом.

¹ Білоскурська О.В. Загальнотеоретичні дослідження конституційних обов'язків людини і громадянина в Україні на сучасному етапі розвитку правової держави. *Юридичний вісник*. 2010. № 1(14). С. 37–39.

² Греца Я.В. Правові аспекти застосування податкової застави для забезпечення виконання податкових зобов'язань. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Ужгород, 2008. Вип. 9. С. 425–429 (Серія «Право»).

³ Податкове право. навч. посіб. / Г.В. Бех, О.О. Дмитрик, Д.А. Кобильнік та ін. / за ред. проф. М.П. Кучерявенка. Київ: Юріком Інтер, 2003. 400 с.

⁴ Там само.

⁵ Греца Я.В., Ярема В.І., Бисага Ю.М., Сідак М.В. Податкове право: навч. посіб. Київ: Знання, 2012. 389 с.

⁶ Податковий кодекс України від 2.12.2010 року № 2755-VI. *Голос України*. 2010. № 229–230.

Резюме

Греца С.М. Податкова застава як спосіб забезпечення виконання конституційного обов'язку зі сплати податків і зборів.

У статті висвітлюються правові аспекти застосування податкової застави як засобу забезпечення конституційного обов'язку зі сплати податків і зборів. Визначено місце обов'язку зі сплати податків у системі конституційних обов'язків. Розкрито основні способи забезпечення виконання податкового обов'язку. Дано визначення поняття податкової застави, розкрито історію становлення цього інституту в законодавстві України. Наведено підстави виникнення права податкової застави. Визначено статус та повноваження податкового керуючого. Розкрито правовий режим майна, яке перебуває у податковій заставі, обсяг прав платників податків на його використання, порядок узгодження операцій із заставленими активами. Вказано правові підстави припинення права податкової застави. Описано правовий механізм реалізації права податкової застави, вказано на його недоліки. Внесено пропозиції щодо удосконалення правового регулювання податкової застави для підвищення ефективності цього засобу з метою забезпечення належного виконання конституційного обов'язку зі сплати податків.

Ключові слова: конституційний обов'язок, податок, платник податків податковий обов'язок, податкова застава.

Резюме

Греца С.М. Налоговый залог как способ обеспечения исполнения конституционной обязанности по уплате налогов и сборов.

В статье освещаются правовые аспекты применения налогового залога как способа обеспечения конституционной обязанности по уплате налогов и сборов. Определено место обязанности по уплате налогов в системе конституционных обязанностей. Раскрыты основные способы обеспечения исполнения налоговой обязанности. Дано определение понятия налогового

залога, раскрыта история становлення цього інститута в законодавстві України. Приведені основи виникнення права податкового застави. Визначено статус і повноваження податкового управління. Розкрито правовий режим майна, знаходячись в податковій заставі, показані обсяги прав податкоплательщиків на його використання, порядок узгодження операцій з заставленими активами. Вказано правові основи припинення права податкового застави. Описано правовий механізм реалізації права податкового застави, вказано на його недоліки. Внесено пропозиції по вдосконаленню правового регулювання податкового застави для підвищення ефективності цього засобу з метою забезпечення належного виконання конституційної зобов'язаності по оплаті податків.

Ключевые слова: конституційний борг, податок, податкоплательщик податковий борг, податковий застав.

Summary

Svitlana Hretsa. Tax lien as a way to ensure the fulfillment of the constitutional obligation to pay taxes and fees.

The article highlights the legal aspects of using the tax lien as a means to ensure the constitutional obligation to pay taxes and fees. The focus is on the importance of proper implementation of constitutional obligations for the protection of human rights and the performance of state functions. An important place for tax liability in the system of constitutional obligations has been identified. The main ways of ensuring the fulfillment of the tax obligation have been revealed and the key role of such a way as tax lien has been emphasized. The concept of tax lien is defined and the history of formation of this institution in the legislation of Ukraine is revealed. The grounds for the emergence of the right of tax lien, the peculiarities of its documentation (registration) is presented. The status and powers of the tax manager about the description of the property in the tax lien, checks of its condition, etc. are determined. The article describes the legal consequences of non-compliance with the legal requirements of the tax manager, in particular the suspension in court of expenditure transactions on bank accounts, and in some cases - the use of administrative seizure of property. The author discloses the legal regime of property that is in tax lien, the scope of taxpayers' rights to use it, the content of legislative restrictions on the possibility of disposing of such property, the procedure for coordinating transactions with mortgage assets. The legal grounds for termination of the right of tax lien are indicated. The legal mechanism of realization of the right of the tax pledge, the order and sequence of the address of collecting on the pledged property is described. The author revealed the shortcomings of the legislation, in particular the long nature of the recovery in court. Proposals have been made to improve the legal regulation of the tax lien to increase the effectiveness of this instrument to ensure proper implementation of the constitutional obligation to pay taxes. In particular, it is proposed to provide the possibility of extrajudicial recovery of property that is in tax lien when the taxpayer has given written consent.

Key words: constitutional obligation, tax, taxpayer tax liability, tax lien.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.16

УДК 342.11.5

М.В. ГРОМОВЧУК

*Мирослава Володимирівна Громовчук, кандидат юридичних наук, доцент, доцент ДВНЗ «Ужгородський національний університет»**

ORCID: 0000-0003-2077-2342

МЕЖИ ДОПУСТИМОГО ВТРУЧАННЯ ПРИ ПРОВЕДЕННІ БІОМЕДИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ СОМАТИЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

Актуальність теми дослідження. Медичне дослідження за участі людини, з одного боку, активно стимулює прогрес у галузі біології та медицини, а з іншого, – містить у собі потенційну загрозу у для піддослідного. Воно супроводжується порушенням прав піддослідного на особисту недоторканність, свободу та автономію, самостійне розпорядження життям і здоров'ям, інформацію, повагу до честі й гідності. Зазначені фактори зумовлюють необхідність детального та чіткого регулювання процедури проведення біомедичних досліджень за участю людини в якості їх об'єкта.

У міру ускладнення суспільних взаємовідносин питання біомедичних досліджень нерідко стали розглядатися як складова частина медичного права – нової галузі, що поетапно формується в сучасній Україні. У зв'язку з цим автором було вивчено питання побудови системи права, а також проблеми комплексного правового регулювання проведення біомедичних досліджень, які отримали висвітлення в працях А. Билиці, П. Вітте, Н. Кашканової, О. Кашинцевої, С.Козодаєва, А. Концовенко, А. Куліша, Ю. Кундієва, С. Пустовіт, Е. Труханової та ін.

Мета даної публікації полягає в розробці наукового підходу щодо категорії «межі допустимого втручання при проведенні біомедичних досліджень соматичних прав людини».

Виклад основного матеріалу. Ефективне забезпечення конституційних прав і свобод людини і громадянина пов'язане з необхідністю обмежень в їх реалізації. На сьогоднішній день науковці виділяють два поняття – «межі здійснення прав людини» та «обмежування здійснення прав людини». Так, зокрема, П. Рабі-

© М.В. Громовчук, 2020

* *Myroslava Hromovchuk, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Uzhhorod National University*

нович зазначає, що дефініція «межі здійснення прав людини» – це сукупність усіх явищ, які окреслюють зміст та обсяг прав людини. Щодо поняття «обмежування здійснення прав людини» – це діяльність компетентних державних органів стосовно встановленню меж щодо здійснення прав людини. Таким чином, як бачимо, ці поняття не тотожні¹.

На нинішньому етапі також постає суперечність між державним втручанням та потребою у створенні належних умов для особистої безпеки громадян, яка вирішується шляхом обмеження прав і свобод. Надалі означене вище може спричинити фактичне звуження досягнутого рівня забезпечення прав і свобод людини та громадянина на глобальному рівні (особливо тоді, якщо в цьому напрямі розвиватиметься законодавство країн світу)².

Питання про права і свободи людини та громадянина за умов становлення й розвитку громадянського суспільства в демократичних державах посідає головне місце. В Україні забезпечення прав і свобод людини та громадянина, їх реалізація є актуальною проблемою сучасності. Відповідно до ст. 2 Конституції України людина, її життя, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються найвищою соціальною цінністю. Держава поклала на себе обов'язок охороняти і захищати інтереси людини. Звідси виводиться принципова вимога, що будь-які обмеження прав і свобод громадян припустимі тільки в тому випадку і тією мірою, як вони передбачені конституцією конкретної держави і відповідають нормам міжнародного права³.

Упродовж досить тривалого часу і дотепер науковців хвилює питання про встановлення оптимального балансу співвідношення прав і свобод людини з інтересами суспільства та держави в цілому. В аспекті такого співвідношення постає проблема допустимості обмеження прав і свобод людини. Треба визнати необхідність існування розумного та необхідного співвідношення прав людини між собою в демократичному суспільстві, на що чітко вказав англійський філософ С. Мілль: «Єдиною метою, з якою влада може бути легітимно застосована до будь-якого члена цивілізованого суспільства проти його волі, – це запобігання завданню шкоди іншим. Його власне благо, фізичне чи моральне, не є вагомою гарантією. Частина його поведінки підконтрольна суспільству, – це те, що стосується інших. Та частина поведінки, яка стосується лише власне його самого, його право на незалежність – абсолютне. Індивід є сувереном над собою, над власним тілом та розумом»⁴.

Як слушно зауважує відомий український дослідник М. Козюбра, «права людини є безпосередньо діючим правом і можуть застосовуватися (з посиланням, звичайно, на відповідні міжнародні пакти, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України) «*contra legem*» – всупереч закону, якщо закон суперечить фундаментальним правам людини: не відображає природно-правові основи; не відповідає міжнародно-правовим принципам і нормам про права людини та громадянина; прийнятий нелегітимним органом державної влади; не використовується весь комплекс правових засобів і прийомів, що вироблені світовою практикою тощо»⁵.

Наведене вище твердження цікаве й тим, що більшість теорій розглядають права людини насамперед як права моральні. Як пише А. Бережнов⁶, уявлення про право виникає як домагання індивіда визначеного соціального блага і тому споконвічно є суб'єктивним уявленням про ідеальне, справедливе. Спочатку це буде моральне право, дотримання якого підтримуватиметься силою суспільної думки, пізніше воно може стати вже юридичним правом, що перебуває під захистом держави. Треба звернути увагу на думку Т. Дашо про те, що для української правосвідомості завжди був характерний нерозривний зв'язок права з моральними духовними початками, і навіть більше – із християнською чеснотою. Право, права і свободи людини для української правосвідомості не існують тільки у практичному, прагматичному розумінні як засіб забезпечення свободи і безпеки окремого індивіда. Їхнє розуміння та втілення зв'язані з реалізацією глибинних цілей людської природа, самого змісту її існування. Принципове значення має і те, що ставлення до права, до прав і свобод людини для української правосвідомості неможливе інакше як через усвідомлення певного морального ідеалу як мети у власному житті. Тому будь-яка правова проблема для української ментальності нерозривно пов'язана з цінностями добра і справедливості, правди і людяності. Так, у преамбулі чинної Конституції України зазначено, що Верховна Рада України приймає цю Конституцію, «усвідомлюючи відповідальність перед Богом, власною совістю, попередніми та прийдешніми поколіннями». У цих словах виражено такі цінності, як добро, любов та совість, що є дзеркалом людської справедливості⁷.

Слід зазначити, що підходи до визначення поняття «свобода» мають як спільні, так і відмінні ознаки чи певні уточнення стосовно тих чи інших її проявів. Не вдаючись до полеміки з приводу вірності чи помилковості кожного з них, провівши узагальнення їх змісту, можемо зробити попередній висновок, що свобода, з одного боку, є дією відповідно до власних бажань, з іншого – дією проти них⁸.

У цьому контексті слід підтримати твердження В. Трояна, що нічим не обмежена свобода – це відсутність якого б то не було об'єднання. Свобода у повному обсязі не може бути реалізована через те, що допускається свобода абсолютної рівності. Незважаючи на те, що це припущення й носить логічний характер, воно тим самим забороняє свободу. Разом із тим, і абсолютна рівність неможлива, оскільки це можна трактувати як рівність в абсолютній свободі. Розглянемо іншу ситуацію, за якої ніхто не може гарантувати, що вільна особистість зробить правильний вибір, тобто можна говорити лише про ймовірність правомірного вибору особи. Якщо формальна свобода як свавілля є негативною, то вступає в дію закон, який обмежує конкретний негативний прояв. Таке обмеження не встановлює заборони самовиявлення, воно є впорядкованим, таким, що створює умови для регулювання залежності задоволення інтересів, а не досягнення взаємодії. Накладені обмеження лише слугують тому, щоб збереглися умови існування свободи. Тому свобода в

суспільстві передбачає існування гарантій законності. Завдяки цьому право проявляє себе як форма, що виражає максимально можливу міру свободи та захищає інтереси членів суспільства⁹.

Обмеження прав і свобод людини та громадянина можливі тільки на підставі Конституції України, законів України та міжнародно-правових актів. Україна приєдналась до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права. Відповідно до цього міжнародно-правового акта, держави-сторони Пакту можуть вживати заходи на відступ від своїх зобов'язань за цим Пактом настільки, наскільки цього вимагає гострота ситуації, лише за умови, що такі заходи не є несумісними з іншими їх зобов'язаннями за міжнародним правом і не тягнуть за собою дискримінації виключно на основі раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії чи соціального походження¹⁰.

Необхідно, на наш погляд, погодитися із твердженням С. Козодаєва, що сам термін «обмеження», як правило, використовують у різних значеннях, що характеризують діяльність органів державної влади. Однак сфера застосування даного поняття не обмежується лише порядком реалізації повноважень органами державної влади, а й зачіпає інші аспекти життєдіяльності суспільства та держави в цілому. Зокрема, поняття «обмеження» може бути пов'язане із:

1) застосуванням кримінального покарання, а саме: обмеження волі, тобто тримання особи в кримінально-виконавчих установах відкритого типу без ізоляції від суспільства в умовах здійснення за нею нагляду з обов'язковим залученням засудженого до праці (ст. 61 Кримінального кодексу України), «Службові обмеження для військовослужбовців» (ст. 58 Кримінального кодексу України)¹¹;

2) забезпеченням санітарно-епідеміологічного благополуччя населення, а саме: обмеження, тимчасова заборона чи припинення діяльності підприємств, установ, організацій, об'єктів будь-якого призначення, технологічних ліній, машин і механізмів, виконання окремих технологічних операцій, користування плаваючими засобами, рухомих складом і літаками у разі невідповідності їх вимогам санітарних норм; обмеження, тимчасова заборона або припинення будівництва, реконструкції та розширення об'єктів за проектами, що не мають позитивного висновку за результатами державної санітарно-епідеміологічної експертизи, та у разі відступу від затвердженого проекту; обмеження, зупинення або заборона викидів (скидів) забруднюючих речовин за умови порушення санітарних норм¹²;

3) забезпеченням карантинних заходів, а саме: запровадження адміністративних та медико-санітарних обмежувальних заходів, що застосовуються для запобігання поширенню особливо небезпечних інфекційних хвороб¹³;

4) реалізацією майнових прав (сервітути, іпотеки, оренда, арешт майна тощо);

5) професійною діяльністю відповідного суб'єкта;

6) запровадженням надзвичайного адміністративно-правового режиму. Так, наприклад, Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» (ст. 16 «Зміст заходів правового режиму надзвичайного стану», ст. 17 «Додаткові заходи режиму надзвичайного стану у зв'язку із надзвичайними ситуаціями техногенного або природного характеру», ст. 18 «Додаткові заходи правового режиму надзвичайного стану у зв'язку з масовими порушеннями громадського порядку»)¹⁴, Закон України «Про правовий режим воєнного стану» (ст. 15 «Зміст заходів правового режиму воєнного стану»)¹⁵ закріплює перелік обмежувальних заходів, що застосовуються до фізичних та юридичних осіб під час дії даних режимів. Також Закон України «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи» у ст. ст. 12, 16, 18 визначає види діяльності, заборонені у зонах відчуження та безумовного (обов'язкового) відселення, гарантованого добровільного відселення, посиленого радіоекологічного контролю¹⁶;

7) визначенням обмеження життєдіяльності, тобто повна або часткова втрата можливості фізичною особою здійснювати самообслуговування, самостійно пересуватися, орієнтуватися у просторі, контролювати поведінку, здійснювати трудову діяльність. Регулювання відносин, що пов'язані із даними видами обмежень, здійснюється Законом України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні»¹⁷.

Розглядаючи біомедичні дослідження в площині реалізації соматичних прав, хотілося б зазначити, що до цих пір не втратило своєї актуальності і не отримало належного вирішення питання про те, чи є допустима межа фізичної і духовної шкоди, яка може бути нанесена піддослідним, що піддаються біомедичним дослідженням в ім'я прогресу медицини.

Будучи найвищою соціальною цінністю, людина, яка виступає в ролі піддослідного в біомедичному дослідженні, повинна бути захищена від неправомірного посягання, а межі втручання в її організм необхідно визначити рядом обмежень. Ідейним джерелом та іманентною складовою прав людини виступає саме принцип гуманізму, що наповнюється на сучасному етапі розвитку людських відносин новим теоретичним змістом. Сучасне ставлення до людини дозволяє виділити низку концептуальних засад, що надають можливість по-новому поглянути на зміст принципу гуманізму й відображають його сутність при проведенні наукових досліджень. Стосовно сфери медичної діяльності, то зазначені начала зводяться до меж допустимого втручання в людський організм, обмежуються рядом фундаментальних принципів. Щодо біомедичних досліджень, то межі допустимого втручання можуть бути визначені через способи правового регулювання за допомогою поєднання зобов'язань і заборон¹⁸.

В якості обмежуючих принципів, що належать до зобов'язань, ряд вітчизняних вчених виділяють: повагу до людської гідності, визнання індивідуальної самостійності (особистісної автономії) в прийнятті рішень, добровільну інформовану згоду, корисність здійсненого впливу, справедливість, правдивість, приватність, збереження лікарської таємниці¹⁹.

Висновки. Таким чином, на наш погляд, межі допустимого втручання при проведенні біомедичних досліджень соматичних прав людини – це сукупність ряду юридичних та фактичних обставин діяльності спеціально уповноважених на проведення біомедичного дослідження органів, що заснована на нормах права та спрямована на досягнення поставлених дослідником цілей проведення біомедичного дослідження соматичних прав людини, внаслідок чого зменшуються варіанти дозволеної нормами права поведінки суб'єктів біомедичного дослідження шляхом встановлення різного роду меж такої поведінки, що обов'язково мають виключно тимчасовий та суб'єктивний характер.

- ¹ Рабінович П.М. Права людини і громадянина: навч. посіб. Київ : Атіка, 2004. С. 12.
- ² Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи : Закон України від 27 лютого 1991 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 16. Ст. 198.
- ³ Белов Д.М. Права і свободи людини та громадянина на сучасному етапі розвитку державності та права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2008. Вип. 9. С. 208 (Серія «Право»).
- ⁴ Holmes S. The Liberal Idea. The American prospect, 1991. 90 p. P. 7.
- ⁵ Козюбра М. Принципи верховенства права у конституційному правосудді. *Закон і бізнес*. 2000. № 17. С. 10.
- ⁶ Бережнов А.Г. Права личности: некоторые вопросы теории. Москва: Изд-во МГУ, 1991. С. 27.
- ⁷ Дашо Т.О. Захист прав і свобод людини та громадянина на етапі формування громадянського суспільства. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. 2015. № 813. С. 113–114.
- ⁸ Троян В.А. Права і свободи людини та інтереси держави як об'єкт публічно-сервісної діяльності національної поліції України. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2017. № 1 (15). С. 231.
- ⁹ Там само. С. 232.
- ¹⁰ Рабінович П.М. Межі прав людини. *Права людини в Україні: щорічник*. 1995. Київ, 1997. С. 111–117.
- ¹¹ Кримінальний кодекс України від 5 травня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
- ¹² Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24 лютого 1994 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 27. Ст. 218.
- ¹³ Про захист населення від інфекційних хвороб : Закон України від 6 квітня 2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 29. Ст. 228.
- ¹⁴ Про правовий режим надзвичайного стану : Закон України від 16 березня 2000 р. № 1550-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 23. Ст. 176.
- ¹⁵ Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 6 квітня 2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 28. Ст. 224.
- ¹⁶ Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи : Закон України від 27 лютого 1991 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 16. Ст. 198.
- ¹⁷ Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні : Закон України від 21 березня 1991 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 21. Ст. 252.
- ¹⁸ Козодаєв С.П., Бисага Ю.М., Белов Д.М., Громовчук М.В. Захист конституційних прав і свобод людини у процесі проведення біомедичних досліджень: монографія. Ужгород, 2018. 172 с.
- ¹⁹ Радченко В.В., Радченко М.Р. Биоэтические аспекты клеточной трансплантации. *Доктор*. 2004. № 4. С. 46–49.

Резюме

Громовчук М.В. Межі допустимого втручання при проведенні біомедичних досліджень соматичних прав людини.

У статті досліджено особливості сутності та змісту конституційних принципів прав людини як основи правового регулювання проведення біомедичних досліджень соматичних прав людини. Автор розкриває сутність та зміст міжнародних та національних правових принципів проведення біомедичних досліджень за участю людини. З'ясовано, що на сьогодні відсутні стандарти правового регулювання охорони прав людини під час проведення біомедичних досліджень на національному рівні та на рівні міжнародних актів у цій галузі. Зазначається, що питання про права і свободи людини та громадянина за умов становлення і розвитку громадянського суспільства в демократичних державах посідає головне місце.

Ключові слова: біомедичне дослідження, досліди над людиною, права людини і громадянина, принципи прав людини, принцип гуманізму, механізм захисту прав людини, медичний експеримент, соматичні права людини.

Резюме

Громовчук М.В. Границы допустимого вмешательства при проведении биомедицинских исследований соматических прав человека.

В статье исследованы особенности сущности и содержания конституционных принципов прав человека, основы правового регулирования проведения биомедицинских исследований соматических прав человека. Автор раскрывает сущность и содержание международных и национальных правовых принципов проведения биомедицинских исследований с участием человека. Выяснено, что на сегодня отсутствуют стандарты правового регулирования охраны прав человека при проведении биомедицинских исследований на национальном уровне и на уровне международных актов в этой области. Указывается, что вопрос о правах и свободах человека и гражданина в условиях становления и развития гражданского общества в демократических государствах занимает главное место.

Ключевые слова: биомедицинское исследование, опыты над человеком, права человека и гражданина, принципы прав человека, принцип гуманизма, механизм защиты прав человека, медицинский эксперимент, соматические права человека.

Summary

Myroslava Hromovchuk. Limits of permissible intervention in biomedical studies of somatic human rights.

The article examines the features of the essence and content of the constitutional principles of human rights as a basis for legal regulation of biomedical research of somatic human rights. The author reveals the essence and content of international and national legal principles of human biomedical research. It was found that there are currently no standards of legal regulation of human rights protection during biomedical research at the national level and at the level of international acts in this field. It is pointed out that the issue of human and civil rights and freedoms in the conditions of formation and development of civil society in democratic states occupies a central place. It is established that the effective provision of constitutional rights and freedoms of man and citizen is associated with the need for restrictions in their implementation. It is determined that it is of fundamental importance that the attitude to law, to human rights and freedoms for the Ukrainian legal consciousness is impossible only through the awareness of a certain moral ideal as a goal in one's own life. Therefore, any legal problem for the Ukrainian mentality is inextricably linked with the values of goodness and justice, truth and humanity.

It is noted that the approaches to the definition of "freedom" have both common and different features or certain clarifications regarding certain manifestations. Without resorting to controversy about the truth or falsity of each of them, by generalizing their content, we can conclude that freedom, on the one hand, is an action according to their own desires, on the other - an action against them.

The limits of permissible intervention in conducting biomedical research with human participation have been studied, as well as the ethical examination of biomedical research as a way to protect human rights has been determined.

Key words: biomedical research, experiments on humans, human and civil rights, principles of human rights, principle of humanism, mechanism of human rights protection, medical experiment, somatic human rights.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.17

УДК 342.565.2/736.343.1(477)

М.А. МАРКУШ

*Марія Андріївна Маркуш, кандидат юридичних наук, докторантка Інституту законодавства Верховної Ради України**

ORCID: 0000-0002-7642-1026

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПОБУДОВИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ МОДЕЛІ ЗМАГАЛЬНОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Наукове осмислення конституційно-правової суті та функціональності сучасної моделі кримінального процесу України може бути сутнісним тільки тоді, коли її концепція беззаперечно ґрунтується на положеннях Конституції України та міжнародно-правових стандартах у сфері захисту прав людини і здійснюється передусім на основі конституційних засад: верховенства права, незалежності суду, права на захист, змагальності та інших основних засад судочинства. В умовах реформування правової системи України у рамках євроінтеграційного процесу відбувається конвергенція вітчизняної правової системи з правовою системою ЄС, а тому актуальність дослідження концептуальних основ кримінального процесу України на основі міжнародно-правових актів щодо захисту прав людини об'єктивно посилюється.

Метою статті є науково обґрунтувати конституційно-правову природу концепції побудови змагальної моделі кримінального процесу України на підставі конституційної засади змагальності судочинства та запропонувати результати його теоретичного моделювання на основі Конституції України.

Наукова новизна статті полягає у формулюванні концепції побудови конституційної моделі змагальності кримінального процесу та визначенні її місця у правовій доктрині. Стаття присвячена концептуальним проблемам змагальної моделі кримінального процесу України, закріпленої у чинному Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України). У статті проаналізовано вітчизняний досвід правового регулювання змагальності кримінального процесу, висвітлено окремі проблеми, запропоновано шляхи їх вирішення та зроблено висновок про фактичну нерівноправність сторін у кримінальному провадженні, а також визначено законодавчу модель кримінального процесу України.

Виклад основного матеріалу. Концепція побудови змагальної моделі кримінального процесу України ґрунтується насамперед на положеннях Основного Закону України та міжнародно-правових актів, які є частиною національного законодавства на основі ч. 1 ст. 9 Конституції України, а саме: ст. 10, ст. 11 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р.¹, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р.² та ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р.³, які закріплюють право на незалежний і безсторонній суд, право на захист, права обвинуваченого бути присутнім під час судового розгляду та брати активну участь у дослідженні доказів тощо. Концепція

© М.А. Маркуш, 2020

* *Mariia Markush, Ph.D. in Law, Doctoral Candidate of the Legislation Institute of the Verkhovna Rada of Ukraine*

судово-правової реформи в Україні від 28 квітня 1992 р. одним із основних принципів цієї реформи назвала «створення такого судочинства, яке створило б умови для дійсної змагальності»⁴, а Конституція України закріпила змагальність як одну із основних засад судочинства (п. 3 ч. 2 ст. 129)⁵.

Засада змагальності судочинства була визначена й у Кримінально-процесуальному кодексі 1960 р.⁶, який у 2001 р. було доповнено ст. 16-1⁷.

Міжнародні стандарти прав людини, які закріплені в основних міжнародно-правових документах, є системою правових приписів, що розкривають ідею прав людини⁸ і втілюються у національних правових системах, зокрема, через визнання принципу верховенства права⁹, яке є багатоаспектним і складається із компонентів, що утворюють його зміст¹⁰.

Розвиток принципу верховенства права на міжнародному рівні зумовлений принципом верховенства міжнародного права над національним правом. У світі склалася дієва взаємодія міжнародного та національного права через принцип верховенства права: а) принцип верховенства права визнається та гарантується на національному рівні певної держави; б) держава визнає верховенство міжнародного права над своїм національним правом; в) міжнародне право акумулює досягнення національного права, вдосконалює і поширює їх, використовуючи принцип верховенства міжнародного права над національним. Тому національна і міжнародна правові системи, будучи тісно взаємопов'язаними через принцип верховенства права, живуть і розвиваються, взаємодоповнюючи і збагачуючи теоретичними досягненнями одна одну: «Верховенство права, у розумінні міжнародного права, передбачає дотримання принципу правління, відповідно до якого всі особи, установи і структури, державні і приватні, в тому числі сама держава, функціонують відповідно до законів, які були публічно прийняті, в рівній мірі виконуються і незалежно реалізуються судовими органами і які сумісні з міжнародними нормами та стандартами в області прав людини»¹¹.

Поряд з теоретичними розробками у напрямі вдосконалення процесуального законодавства України постає питання вирішення проблем імплементації європейських правових стандартів у сфері кримінального судочинства у кримінальний процес України та вироблення концепції моделі вітчизняного кримінального процесу. Теоретичні проблеми концепції змагальності і побудови моделі кримінального процесу України та їх вирішення досліджували Л.О. Богословська, Т.В. Варфоломєєва, В.Г. Гончаренко, В.В. Городовенко, Ю.М. Грошевий, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, В.Т. Нор, В.П. Півненко, В.О. Попелюшко, Б.В. Романюк, М.І. Сірий, О.М. Толочко, Є.О. Мірошниченко, М.А. Погорецький, В.П. Шибіко, М.Є Шумило, О.Г. Яновська та інші вчені.

Асоціація України до ЄС викликала необхідність сприйняття низки правових принципів, насамперед принципу верховенства права та засади змагальності у кримінальному процесі України, через міжнародне право, тому на їх сучасне розуміння докорінно вплинули такі чинники, як: 1) кодифікація міжнародного права та його прогресивний розвиток; 2) дотримання міжнародно-правових зобов'язань України як суб'єкта міжнародного права у сфері захисту прав людини, які впливають як із міжнародних договорів, так і з міжнародного звичаєвого права; 3) відповідальність України як суб'єкта міжнародного права за виконання взятих на себе міжнародних зобов'язань.

Конституційний принцип верховенства права, що визнається і діє в Україні (ст. 8), є основоположним для всіх галузей права в Україні, у тому числі й кримінального процесуального права. На сучасному етапі розвитку правової системи України, потребах в її удосконаленні на перспективу та з метою адаптації до європейського законодавства, перед законодавцем і українськими вченими постає завдання забезпечити відповідність національного законодавства міжнародно-правовим стандартам, не руйнуючи наявні ефективні правові механізми захисту прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального судочинства¹². При цьому повинні враховуватися положення ЄКПЛ та практика ЄСПЛ. Теоретичні аспекти вивчення місії ЄКПЛ та практики Європейського суду з прав людини в правовій системі України ґрунтуються на положеннях Конституції України (ст. ст. 3, 8–9, Розділ VIII «Правосуддя») та законах України, зокрема Законі України «Про міжнародні договори»¹³. Тому побудова конституційно-правової моделі змагального кримінального судочинства в Україні має ґрунтуватися на конституційних засадах, передусім засадах пріоритету прав і свобод людини, верховенства права, верховенства Конституції України, основних засадах судочинства та вимогах удосконалення і впровадження нових процедур у вітчизняне правосуддя на основі міжнародних стандартів щодо захисту прав людини, правових принципів і цінностей у сфері кримінального процесу.

Аналіз чинного кримінально-процесуального законодавства України породжує багато дискусій, виявляє прогалини та проблеми у кримінальній юстиції, тому серед українських учених і практиків не припиняється полеміка щодо теоретичного осмислення положень чинного КПК України з метою напрацювання пропозицій і рекомендацій стосовно його удосконалення і покращення практичного застосування, що є цілком виправданим, адже сучасне кримінальне процесуальне законодавство отримало значну кількість новел, які є досить новими для теорії конституційного права, кримінально-процесуального права та для правозастосовної практики, а окремі з цих нововведень не відповідають Конституції України, ЄКПЛ та іншим актам ЄС.

Визначальним в утвердженні верховенства права, змагальної моделі вітчизняного кримінального процесу та європейських підходів до розуміння прав людини в практиці українського судочинства став Закон України від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV (зі змінами)¹⁴, ст. 17 якого зобов'язує суди України при розгляді ними справ застосовувати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ) та практику Європейського Суду з прав людини (ЄСПЛ) як джерело права. Тому суди України мають не тільки керуватися формальним тлу-

маченням норм права, а й зобов'язані посилалися на правові позиції (висновки) ЄСПЛ як на безпосереднє джерело права і додержуватися притаманної рішенням ЄСПЛ ідеї справедливості і гуманності¹⁵, втілювати її у своїх рішеннях¹⁶, посилалися на ЄКПЛ і застосовувати у своїх рішеннях практику ЄСПЛ¹⁷.

Професор Оксфордського університету Альберт Вен Дайсі цілком слушно вважає, що там, де є дискреція, є простір для свавільності, однак жодна людина не перебуває понад законом¹⁸ і саме держава має гарантувати особі ефективні засоби правового захисту прав і свобод людини, і таке право має встановлюватися судовим або іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави (п. 2 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права)¹⁹. Кримінально-процесуальна діяльність як складова загальнодержавної діяльності має бути спрямована на забезпечення конституційних положень про пріоритетність прав і свобод людини і їх гарантій та здійснення своєї охоронної та відновлювальної функцій прав і свобод людини, захисту її інтересів виключно у зв'язку і в межах кримінального провадження. Тому кримінальне судочинство є засобом захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, а належна регламентація та здійснення кримінально-процесуальної діяльності – гарантією охорони прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження. При цьому охорона прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження як необхідна умова і один із засобів здійснення законного, неупередженого розслідування та судового розгляду, що може бути справедливим лише за умови втілення конституційної засади змагальності судочинства у всіх стадіях кримінального процесу²⁰, зробіть його дійсно змагальним. Ідея змагальної моделі кримінального судочинства – одна із центральних та найгостріших у науці кримінального процесу і є предметом численних дискусій та публікацій.

Конституційна засада змагальності судочинства (п. 3 ч. 2 ст. 129 Основного Закону України) є тією концептуальною основою побудови вітчизняного кримінального процесу, повноцінне втілення якої у всіх стадіях судочинства змінить його модель на змагальну. Ідеологічний стрижень змагальної моделі кримінального процесу лежить у двох протилежних інтересах, які перебувають у діалектичній єдності та боротьбі протилежностей, – публічному і приватному. Публічний інтерес полягає в покаранні винного: «*impunitum non relinqui facinus*», а приватний – у створенні гарантій суб'єктивних прав і свобод, права на захист: «*innocentem non condemnari*».

Занадто вузько сприйнятий публічний інтерес призводить до заперечення цінності формальних обмежень і відсуває на другий план права і свободи особи та їх захист у сфері кримінального судочинства. І навпаки, інтереси свободи громадян вимагають стриманості у кримінальному переслідуванні особи та певного критицизму під час здійснення правосуддя у кримінальному процесі; швидше виправдання винного, ніж засудження невинуватого. Тому концепція змагального кримінального процесу має розпочинатись і завершуватись ідеєю поєднання цих інтересів, бажано з урахуванням національних традицій, на що вказували і експерти Ради Європи у своєму висновку²¹. Зокрема, у цьому висновку вони акцентували на тому, що кримінальне законодавство відіграє важливу роль у забезпеченні дотримання верховенства права у суспільстві, бо ті, хто порушує це законодавство, мають притягатися до кримінальної відповідальності. Якщо винних у вчиненні злочинів залишати безкарними, закон поступається місцем сваволі (п. 3). Отже, законодавча політика, зокрема у сфері кримінальної юстиції, балансує між публічними та приватними інтересами, стаючи відображенням відповідної державної ідеології у сфері права (державно-охоронної, індивідуалістичної, консервативної, ліберальної, публічно-правової або приватноправової тощо).

Вітчизняна доктрина змагального кримінального процесу має тривалий період свого формування, що вплинуло на неоднозначність підходів до розуміння її сутності. Характерними ознаками змагальності судового процесу є: наявність сторін із протилежними матеріально-правовими інтересами; наділення їх рівними процесуальними правами; наявність незалежного від сторін арбітра – суду, завданням якого є вирішення правового спору по суті.

Набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України)²² для окремих вчених стало підставою вважати, що вітчизняне кримінальне судочинство повністю сприйняло змагальну модель своєї побудови. При цьому КПК України певним чином віддзеркалює домінуючі ідейні уявлення (концептуальні положення) щодо сутності кримінального процесу як змагального засобу вирішення кримінально-правового конфлікту та відбиває такі основні напрями кримінальної процесуальної політики, як пошук компромісів між публічними і приватними інтересами – вирішенням публічних завдань кримінального процесу і забезпеченням приватного інтересу щодо захисту прав та свобод людини у царині кримінального провадження, справедливості й розумності у застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження, гуманізації кримінального процесуального законодавства та практики його застосування, запровадження процедур примирення тощо.

Слід сказати, що чинний *КПК України запровадив істотно змінену модель кримінального процесу*. Значна кількість процесуальних інститутів зазнали змін, введено нові інститути, які до цього часу були невідомі вітчизняному кримінальному процесуальному праву. Також законодавець відмовився від завдання швидкого та повного розкриття злочинів на користь забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду.

Формулювання і порядок розташування системи завдань кримінального провадження у ст. 2 КПК України, на наш погляд, відбувалось швидше з ідеологічним підтекстом, ніж відповідно до їх юридичного змісту, що скоріше підтверджує спробу законодавця визнати прагнення зміни парадигми моделі вітчизняного кримінального процесу і його переходу від змішаного до змагального типу. Водночас завдання швидкого та

повного розкриття злочинів, викриття винних і забезпечення правильного застосування закону з тим, щоб кожний, хто вчинив злочин, був притягнутий до відповідальності й жоден невинуватий не був покараний (ст. 2 КПК України 1960 р.) не може бути завданням сторони захисту, а притягнення до відповідальності кожного, хто вчинив злочин, є завданням нездійсненим.

При цьому тісний взаємозв'язок кримінального процесу з кримінальним правом, його функціональна роль у забезпеченні реалізації кримінально-правових норм є необхідними підставами для встановлення у кримінальному провадженні події кримінального правопорушення, суб'єкта, що його вчинила, вирішення питання про його відповідальність і покарання. Тому наведені положення вочевидь є завданнями сторони обвинувачення у кримінальному процесі. Водночас там, де постає завдання встановлення провини особи у вчиненні кримінального правопорушення, її покарання, має виникати завдання захисту прав, свобод і законних інтересів особи та недопущення притягнення до відповідальності та покарання осіб, які не вчинили кримінального правопорушень. При цьому обмеження прав і свобод людини і громадянина заходами процесуального примусу, передбаченими КПК України, має допускатися тільки з метою вирішення завдань кримінального процесу та відповідно до його принципів, передбачених цим кодексом²³.

Для аналізу реального стану змагальності сторін як засади кримінального судочинства слід детальніше проаналізувати реалізацію її елементів у кримінальних процесуальних нормах. У ст. 22 КПК України закріплено такі елементи принципу змагальності сторін, як: наявність сторони обвинувачення та сторони захисту; наявність закріплених процесуальних засобів діяльності сторони обвинувачення та сторони захисту; наявність та чітке відокремлення функцій публічного обвинувачення, захисту та судового розгляду; наявність об'єктивного та неупередженого суду. Аналіз такого елементу, як закріплення у КПК України процесуальних засобів здійснення діяльності сторони обвинувачення та сторони захисту дає підстави для висновку про очевидну непропорційність можливостей сторони обвинувачення і захисту щодо пошуку та надання доказів. Дії сторони захисту та потерпілого, які здатні забезпечити подання до суду належних і допустимих доказів, визначені в ч. 3 ст. 93 КПК України. Однак в КПК України (ч. ч. 1, 3 ст. 93 КПК України) не конкретизовано дії сторони захисту та не унормовано порядок, механізми і гарантії їх реалізації (здійснення), які мали б забезпечити збирання і подання до суду належних і допустимих доказів стороною захисту. Відтак, виходячи з положень ст. 86 КПК України, докази, одержані стороною захисту в порядку ч. 3 ст. 93 КПК України, можуть бути визнані судом недопустимими, навіть якщо вони виправдовують чи пом'якшують вину обвинуваченого (підсудного). При цьому клопотання сторони захисту про збір, надання чи забезпечення доказів не є обов'язковими для задоволення слідчим чи прокурором, однак постанова слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій може бути оскаржена слідчому судді. У цьому контексті цікавим є підхід ЄСПЛ, який у своїх рішеннях констатував, що кожній стороні повинна бути надана належна можливість, щоб відстоювати свій інтерес у справі, включаючи подання своїх доказів, за умови, що не ставлять її у невідгдане становище стосовно суперника (Рішення ЄСПЛ у справі «Ноймайстер проти Австрії» (Neumeister v. Austria), від 27 червня 1968 р., п. 4, Серія А, № 8. П.п. 22–25)²⁴.

ЄСПЛ допускає незначну нерівність сторін, яка в загальному не впливає на процес та їх права (рішення ЄСПЛ у справі «Боргерс проти Бельгії» (Borgers v. Belgium) від 30 жовтня 1991 р., Серія А N 214-В. Р.р. 24–27 in fine)²⁵. Центральним елементом засади змагальності є наявність об'єктивного та неупередженого суду. ЄСПЛ не аналізує засаду змагальності судового процесу в аспекті активної чи пасивної ролі суду. Для ЄСПЛ з огляду на вимоги ЄКПЛ важливо, щоб сторони дійсно, а не формально були наділені рівними і достатніми правами для відстоювання своєї позиції, а суд був неупередженим суб'єктивно й об'єктивно. Перше передбачає особисту незаінтересованість і неупередженість судді як інституту здійснення правосуддя. При цьому об'єктивна неупередженість суду розуміється як достатність гарантій, що виключають будь-які законні сумніви стосовно упередженості і необ'єктивності судді (Рішення ЄСПЛ від 24 листопада 2000 р. у справі «Дактарас проти Литви» (Dactaras v. Lithuania)²⁶.

Вирішальним критерієм для визначення ступеня змагальності певної процедури, як зазначалося, є реальний обсяг повноважень, наданих кожній зі сторін провадження та забезпечення гарантій їх реалізації. У кримінальному процесі крім сторін кримінального провадження, як зазначалося, важливим суб'єктом здійснення кримінально-процесуальної діяльності є суд, який забезпечує змагальний процес, тому будучи об'єктивним і неупередженим, зобов'язаний створювати необхідні умови для реалізації сторонами їх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків (ч. 6 ст. 22 КПК України) та, виконуючи вимоги принципу диспозитивності, має вирішувати лише ті питання, які винесені на його розгляд сторонами і віднесені законом до його повноважень (ч. 3 ст. 26 КПК України).

Завдання кримінального провадження, безперечно, є продовженням і конкретизацією мети кримінального процесу, вони забезпечуються реалізацією кримінально-правових норм, є специфічними саме для кримінального провадження та відображають модель кримінального процесу і зумовлені нею. Саме вони відозмінюються зі зміною концептуальних основ кримінального процесу, тому з урахуванням цих вимог реалізація кримінально-правових норм, кримінальної відповідальності у змагальному кримінальному провадженні має відбуватися у межах швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з максимальним дотриманням прав і свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження.

Повне й неупереджене досудове розслідування і судовий розгляд мають дуалістичний характер – дають можливість забезпечити вирішення основного завдання кримінального провадження двоєдиним шляхом: а)

притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення; б) недопущення обвинувачення або засудження жодного невинуватого²⁷. Законодавче закріплення моделі кримінального провадження з урахуванням концептуальних положень, що ґрунтуються на засадничих положеннях Конституції України та міжнародних стандартах у сфері захисту прав людини, дасть можливість побудувати конституційно-правову модель змагальності кримінального процесу в Україні, одержати чітке уявлення про модель кримінального судочинства та спрямувати суб'єктів правозастосування на здійснення їх діяльності на основі пріоритету прав людини.

Висновки. З наведеного аналізу можна констатувати, що тенденції розвитку кримінально-процесуального законодавства України наближають вітчизняне кримінальне судочинство до публічно-змагальної моделі кримінального процесу України з елементами англосаксонського типу²⁸, яка має ґрунтуватися насамперед на конституційних концептуальних основах.

Концептуальними основами сучасного кримінального процесу України має стати система теоретичних, правових та праксеологічних положень **загального характеру**, що закріплені в положеннях міжнародно-правових документів, які визначають міжнародні стандарти в сфері захисту прав людини та положення Конституції України, що безпосередньо впливають на зміст і модель вітчизняного кримінального процесу. Базовою основою концепції кримінального процесу України є Конституція України, яка визначає основу та формат будь-якого правового явища у державі. Незважаючи на те, що концепція передусім відображає теоретичні основи, вихідні засади та передумови певної діяльності, вона формує базисні поняття, схеми та форми, відповідно до яких ця діяльність реалізується. Таким чином, зміна концептуальних основ будь-якого виду діяльності, у тому числі кримінально-процесуальної, є найбільш радикальним реформуванням, оскільки призводить до необхідності відмови від обґрунтованих раніше постулатів і стандартів мислення та дій, до зміни вихідних понять, які забезпечують цілісне сприйняття системи цієї діяльності, а тому повинна ґрунтуватися на положеннях Конституції України, що дасть змогу побудувати конституційно-правову модель змагального кримінального процесу в Україні.

¹ Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004

³ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_043

⁴ Концепція судово-правової реформи в Україні від 28 квітня 1992 р. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2296-12>

⁵ Конституція України : офіційне видання. Київ: Алерта, 2019. 112 с.

⁶ Кримінально-процесуальний кодекс України : Закон України від 28 грудня 1960 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1961. № 2. Ст. 15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05#Text>

⁷ Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України: Закон України № 2533-III від 21 червня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 34–35.

⁸ Особливості міжнародних стандартів щодо прав та свобод людини і громадянина. URL: <http://bibliofond.ru/view.aspx?id=439567>

⁹ Банчук О.А., Куйбіда Р.О. Вимоги статті 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод до процедури здійснення судочинства. Київ : ІКЦ «Леста», 2005. С. 51. 116 с.

¹⁰ Мірошниченко О.А. Принцип верховенства права у міжнародному публічному праві. *Форум права*. 2012. № 1. С. 644–647.

¹¹ Кримінальний процес: підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.; за ред. В.Я. Тацій, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків: Право, 2013. С. 64. 824 с.

¹² Уваров В.Г. Міжнародно-правові стандарти у кримінальному процесі України : монографія. Харків : НікаНова, 2014. 416 с.

¹³ Про міжнародні договори. Закон України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV (зі змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 50. Ст. 540.

¹⁴ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини. Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV (зі змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 250.

¹⁵ Шевчук С.В. Порівняльне прецедентне право з прав людини. Київ : Реферат, 2002. 344 с.

¹⁶ Колісник О.В. Удосконалення здійснення судочинства в Україні в контексті практики Європейського суду з прав людини. *Науковий вісник Чернівецького університету* : зб. наук. праць. Чернівці, 2008. С. 46–50.

¹⁷ Вільчик Т.Б. Конституційне право на правову допомогу адвоката у країнах Європейського Союзу та в Україні : монографія. Харків : Право, 2015. 400 с.

¹⁸ Дайси А.В. Основы государственного права Англии: Введение в изучение английской конституции; перевод, дополн. по 6-му англ. изд. 2-е изд. Москва: Тип. т-ва И.Д. Сытина, 1907. 707 с. С. 211.

¹⁹ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : Прийнятий резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 р., ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-08 від 19 жовтня 1973 р. *Права людини* : зб. док. / укл. В.С. Семенов, О.Н. Ярмиш та ін. Харків : Ун-т внутр. справ, 1997. С. 4–25.

²⁰ Див.: абзац восьмий пункту 9 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора) від 30 січня 2003 р. № 3-рп/2003; абзаци другий, четвертий пункту 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин сьомої, дев'ятої, пункту 2 частини шістнадцятої статті 236-8 Кримінально-процесуального кодексу України від 30 червня 2009 р. № 16-рп/2009; Рішення ЄСПЛ від

2 березня 1987 р. у справі Моннелл і Моріс проти Об'єднаного Королівства (Monnell and Morris v United Kingdom). Judgement of 2 Marth 1987. Series A. № 115. P. 25–94. para 5570). URL: <http://echr.ketse.com/doc/9562.81-9818.82-en-19870302/view/>; Рішення ЄСПЛ ECH1961-S-001 від 1 липня 1961 р. у справі Ловлесс проти Ірландії (Lawless v. Ireland URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57516&filename=001-57516.pdf&TID=epcmxtrapx>; Маркуш М.А. Конституційно-правові основи кримінально-процесуальної доктрини в аспекті засади змагальності. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2019. № 2. С. 28–41.

²¹ Висновок експертів Ради Європи щодо проекту Кримінального процесуального кодексу України (Страсбург, 2 листопада 2011 р.). URL: <http://www.coe.kiev.ua/news/2012/01/Opinion%20on%20Draft%20CPC%20UA%20Ukr.pdf>

²² Кримінальний процесуальний кодекс України. Київ: Видавець Паливода А.В., 2018. 404 с.

²³ Беспалько І.Л. Система принципів кримінального процесу та проблема їх класифікації : монографія. Харків: Вид-во «ФІНН», 2011. 216 с. С. 149.

²⁴ Рішення ЄСПЛ у справі «Ноймайстер проти Австрії» (Neumeister v. Austria), від 27 червня 1968 р., п. 4, Серія А, № 8. П.п. 22–25. Interights Manual for Lawyers – Right to A Fair Trial under the ECHR (Article 6). 2007. 90 р. P. 36.

²⁵ Рішення ЄСПЛ у справі «Боргерс проти Бельгії» (Borger v. Belgium), від 30 жовтня 1991 р., Серія А N 214-B. P.p. 24–27 in fine. Interights Manual for Lawyers – Right to A Fair Trial under the ECHR (Article 6). 2007. 90 р. P. 36.

²⁶ Рішення ЄСПЛ від 24 листопада 2000 р. у справі «Дактарас проти Литви» (Dactaras v.Lithuania). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_005

²⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ : Юстініан, 2012. 1224 с. С. 19.

²⁸ Яновська О.Г. Теоретичні та організаційні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.10. Київ, 2011. 36 с. С. 5.

Резюме

Маркуш М.А. Концептуальні проблеми побудови конституційно-правової моделі змагальності кримінального процесу України.

У статті представлено концепцію теоретичного моделювання змагальності кримінального процесу України, яка ґрунтується на системі теоретичних, правових та праксеологічних положень **загального характеру**, що закріплені в положеннях міжнародно-правових документів, які визначають міжнародні стандарти в сфері захисту прав людини та положеннях Конституції України. Зокрема, визначено суть та теоретичні основи змагальної моделі кримінального судочинства України, окреслено окремі проблеми законодавчого забезпечення реалізації конституційної засади змагальності стороною захисту в кримінальному провадженні та запропоновано шляхи їх вирішення.

Ключові слова: Конституція України, концепція, конвергенція, кримінальне судочинство, конституційна модель змагальності кримінального процесу, міжнародно-правові стандарти щодо захисту прав людини, правова система ЄС.

Резюме

Маркуш М.А. Концептуальные проблемы построения конституционно-правовой модели состязательности уголовного процесса Украины.

В статье представлены результаты концепции теоретического моделирования состязательности уголовного процесса Украины, которая основывается на системе теоретических, правовых и праксеологических положений **общего характера**, закреплённых в положениях международно-правовых документов, определяющих международные стандарты в сфере защиты прав человека, а также в положениях Конституции Украины. В частности, определены сущность и теоретические основания состязательной модели уголовного судопроизводства, очерчены отдельные проблемы законодательного обеспечения реализации конституционного начала состязательности стороной защиты в уголовном судопроизводстве и предложены пути их решения.

Ключевые слова: Конституция Украины, конституционное право, концепция, конвергенция, уголовное судопроизводство, конституционная модель состязательности уголовного процесса, международно-правовые стандарты защиты прав человека, правовая система ЕС.

Summary

Mariia Markush. Conceptual problems of construction of the constitutional and legal model of adversarial proceedings of the criminal process of Ukraine.

The article is devoted to the conceptual problems of building a competitive model of the criminal process of Ukraine under the current Criminal Procedure Code of Ukraine (the CPC of Ukraine).

Scientific understanding of the constitutional and legal essence and functionality of the modern model of the criminal process of Ukraine can be essential only when its concept is unquestionably based on the provisions of the Constitution of Ukraine and international legal standards and is carried out in terms of constitutional principles: rule of law, independence of court, right to protection. as well as the principles of adversarial and other principles of justice. In the context of reforming the legal system of Ukraine in the European integration process, there is a convergence of the domestic legal system with the EU legal system, so the relevance of the study of the conceptual framework of the criminal process of Ukraine on the basis of international human rights law objectively increases.

The Association of Ukraine to the EU necessitated the adoption of a number of legal principles, first of all the rule of law and adversarial principles, through international law, and not exclusively through national prism, because their modern understanding is greatly influenced by such judgemental factors as: 1) codification of international law and its progressive development; 2) compliance with the international legal obligations of Ukraine as a subject of international law in the field of human rights protection, arising from both international treaties and customary international law; 3) the responsibility of Ukraine as a subject of international law for the implementation of international obligations.

The article analyzes the national experience of legal regulation of adversarial proceedings in criminal proceedings, explores various scientific approaches to this problem and concludes on the actual inequality of the parties in criminal proceedings, as well as defines the legislative model of the criminal process in Ukraine. The analysis of international legal acts, provisions of the Constitution of Ukraine, CPC of Ukraine and positions of procedural scholars given in the article gives grounds to state that the tendencies of development of criminal procedure legislation of Ukraine bring the criminal process of Ukraine closer to the public-competitive model with Anglo-Saxon elements on an international and constitutional conceptual basis.

The conceptual foundations of the modern criminal process of Ukraine are a system of theoretical, legal and praxeological provisions of general nature, enshrined in the provisions of international legal documents that define international standards in the field of human rights and the Constitution of Ukraine, which directly affect the content and model of domestic criminal process. The basic basis of the concept of the criminal process of Ukraine is the Constitution of Ukraine, which determines the basis and form of any legal phenomenon in the state. Despite the fact that the concept primarily reflects the theoretical foundations, basic principles and prerequisites of a particular activity, it forms the basic concepts, schemes and forms according to which this activity is implemented. Thus, changing the conceptual basis of criminal procedure is its most radical reform, as it leads to the need to abandon previously substantiated postulates and standards of thinking and action, to change the basic concepts that ensure a holistic perception of the system of this activity, and therefore should be based on Constitution of Ukraine, which will build a constitutional and legal model of adversarial criminal proceedings in Ukraine.

Key words: Constitution of Ukraine, concept, convergence, criminal proceedings, constitutional model of adversarial criminal process, international legal standards for human rights protection, EU legal system.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.18

УДК 342.7

Л.В. МІХНЕВИЧ

*Людмила Володимирівна Міхневич, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана**

ORCID: 0000-0002-4774-079X

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА ТАЄМНИЦЮ ЛИСТУВАННЯ, ТЕЛЕФОННИХ РОЗМОВ, ТЕЛЕГРАФНОЇ ТА ІНШОЇ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ОСІБ

Постановка проблеми. Рівень забезпечення прав і свобод людини є показником рівня свободи особи в державі та виконання державою своїх зобов'язань перед людьми. Право особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, будучи одним із основоположних та невід'ємних прав людини, гарантує її свободу й особисту недоторканність, а його забезпечення набуває особливого значення. Це зумовлено тим, що листування, телефонні розмови, телеграфна та інша кореспонденція є досить важливими засобами спілкування людей як в особистій, так і в робочій сферах. Втім, право на таємницю кореспонденції не є абсолютним. Міжнародні документи та акти національного законодавства встановлюють певні застереження. Відповідно до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) обмеження здійснення цього права можливе згідно із законом у випадках, необхідних у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб¹. Конституцією України визначено, що винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинам чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо². Однак на практиці трапляються непоодинокі випадки відхилення від цих норм, а відтак право на таємницю кореспонденції людини систематично зазнає втручання чи обмежень. Тож його захист є однією з найбільш гострих проблем як для України, так і для інших демократичних країн. Варто також зауважити, що для деяких суб'єктів це конституційне право зазнає певних трансформацій, пов'язаних із їхнім статусом. Якщо для одних, як-то для осіб, засуджених до позбавлення волі, прямо встановлено обмеження права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, то інші – наприклад, представники влади, користуються вищим імунітетом від незаконного чи свавільного втручання у таємницю кореспонденції. Тож дослідження питань забезпечення права на таємницю листування телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції окремих категорій осіб є важливим для встановлення законності запровадження контролю їх спілкування.

© Л.В. Міхневич, 2020

* *Liudmyla Mikhnevych, Ph.D. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman*

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Слід констатувати, що окремі аспекти порушеної проблеми були предметом наукових пошуків таких вчених, як: А.В. Байлов, С.В. Вишновецька, В.М. Вишновецький, І.А. Ветухова, Л.Д. Воєводін, І.М. Козьяков, В.О. Корчинський, А.В. Левченко, В.Т. Маляренко, В.В. Назаров, О.В. Негодженко, І.Л. Петрухін, О.О. Посикалюк, М.В. Романов, А.Х. Степанюк, В.М. Тертишник, Н.В. Токар та ін. Наукові висновки названих дослідників становлять підґрунтя для подальших досліджень і пошуку шляхів вирішення проблеми забезпечення права на таємницю кореспонденції окремих категорій осіб.

Формування мети статті. Із урахуванням викладеного вище метою статті є дослідження права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції окремих категорій осіб, аналіз останніх нормативних змін правового регулювання гарантій забезпечення цього права окремих категорій осіб, а також виявлення проблем у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Насамперед варто зазначити, що інститут таємниці кореспонденції є гарантією свободи особистості. Нині сформувались дві наукові концепції розуміння права на таємницю кореспонденції. По-перше, це так звана «особистісна» концепція, яка розглядає дане право як складову права на недоторканність особистого і сімейного життя, а, по-друге, це право досліджується як самостійне право, зміст і призначення якого ширше за захист приватного життя особи³. Так, міжнародними актами, а також практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) право на таємницю кореспонденції розглядається в контексті права на приватне (особисте) та сімейне життя. Зокрема, у Загальній декларації прав людини (ст. 12) встановлено, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємниці його кореспонденції або на його честь і репутацію⁴. Право кожного на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції закріплює ст. 8 Конвенції⁵. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (ст. 17) встановлює заборону свавільного чи незаконного втручання в особисте і сімейне життя особи, свавільного чи незаконного посягання на недоторканність її житла або таємниці її кореспонденції чи незаконних посягань на її честь і репутацію⁶.

Зауважимо, що у згаданих актах та й у юридичній літературі поняття «приватне» та «особисте» життя ототожуються. На нашу думку, слушною є позиція, що поняття «приватний» і «особистий» можуть вживатися як синоніми, зокрема і коли йдеться про сферу людського життя⁷. Прецедентна практика ЄСПЛ не встановила єдиного розуміння поняття «приватне життя», але надала настанови щодо його значення та обсягу для цілей ст. 8 Конвенції. Насамперед право на повагу до приватного життя є правом на приватність, правом жити так, як кожен того бажає, і бути захищеним від оприлюднення фактів такого життя. Певною мірою право на повагу до приватного життя також має охоплювати право встановлювати та розвивати відносини з іншими людьми⁸. Тож, враховуючи широке коло питань, що охоплює приватне життя, ЄСПЛ виділяє справи, що підпадають під це поняття, на три основні групи: 1) справи про фізичну, психологічну чи моральну цілісність особи; 2) справи про приватність особи та 3) справи про ідентичність особи. Відтак право на приватне життя включає особисту автономію й розвиток, можливість взаємодіяти з іншими людьми, фізичну та психологічну недоторканність, а також, певною мірою, репутацію особи. Безпосередньо до сфери особистого життя включено й сімейне життя, де йому забезпечується право вільного від свавільного втручання держави існування. Зауважимо, що у практиці ЄСПЛ немає й вичерпного визначення поняття «сімейне життя», адже це поняття постійно еволюціонує і продовжує розвиватись з урахуванням сучасних змін соціальних та культурних моделей сім'ї⁹. Таким чином, «особистісній» концепції притаманний безпосередній зв'язок права на таємницю кореспонденції та права на приватне і сімейне життя¹⁰.

Прихильники другої концепції розглядають право на таємницю кореспонденції як самостійне право. Вони наголошують, що право на таємницю кореспонденції належить до окремих особистих прав людини та виходить за межі права на недоторканність приватного життя. Тож зв'язок права на таємницю кореспонденції зі сферою приватного життя є відносним, таким самим, як і з рештою основних прав людини¹¹.

В Україні право на таємницю кореспонденції закріплює Конституція України. Основний Закон (ст. 31) гарантує кожному таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції¹². Це право сформульовано таким чином, що завданням держави є забезпечення недоторканності цього права з боку інших осіб та державних органів і передбачає заборону для будь-кого без згоди особи знайомитися з її кореспонденцією, прослуховувати її телефонні розмови тощо, а також розголошувати їх зміст або сам факт такої кореспонденції. На відміну від згаданих вище міжнародних актів, у Конституції України це право виведене в окрему, від недоторканності особистого та сімейного життя, статтю, що дає підстави для висновку про недоцільність звужувати право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції лише сферою особистого чи сімейного життя.

Беззаперечно право на таємницю кореспонденції гарантується кожному. Втім, як уже зазначалося, це право може бути обмежене судом на підставі закону. Так, різновидом втручання в приватне спілкування є арешт, огляд і виїмка кореспонденції. При цьому ст. ст. 261, 262 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) чітко встановлені підстави та процесуальні форми такого обмеження цього конституційного права особи. Водночас реалізація права на таємницю кореспонденції окремими категоріями осіб має свої особливості. З одного боку, допускається обмеження права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, а з іншого – встановлюються вищі гарантії захисту від незаконного чи свавільного втручання у таємницю кореспонденції. Деталізацію особливостей реалізації права на таємницю кореспонденції для окремих категорій осіб встановлюють спеціальні норми.

Так, із прийняттям Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК України) та змінами низки інших нормативно-правових актів в Україні суттєво покращився правовий статус засуджених. Втім КВК України прямо встановлює обмеження права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції для засуджених до позбавлення волі. Зокрема, відповідно до ст. 110 КВК України телефонні розмови засуджених та використання ними мережі Інтернет мають відбуватися під контролем адміністрації установи виконання покарання. Також адміністрація має право й ознайомлюватись зі змістом вхідних та вихідних повідомлень електронної скриньки засудженого. Відповідно до ст. 113 КВК України кореспонденція, яку одержують і надсилають засуджені, підлягає перегляду. Винятки стосуються лише тієї кореспонденції, яку засуджені адресують Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, ЄСПЛ, іншим відповідним органам міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, уповноваженим особам таких міжнародних організацій, до суду та прокуророві, або одержують від зазначених органів та осіб. Також не підлягає перегляду кореспонденція засудженого та його захисника.

Ці винятки співзвучні з нормами міжнародних актів. Так, відповідно до ст. 3 Європейської Угоди про осіб, які беруть участь у процесі Європейського суду з прав людини (далі – Угода) договірні сторони (представники влади країн, які її підписали) поважають право будь-яких осіб, які беруть участь у процесі на безперешкодне листування із ЄСПЛ. Окрім того, для засуджених Угодою встановлено додаткові норми. Особи, які утримуються під вартою, мають право листуватися та спілкуватися конфіденційно з адвокатом, їхня кореспонденція є недоторканною, відтак відправляється та доставляється до ЄСПЛ без надмірних затримок і без змін¹³. Але, на жаль, на практиці існують випадки, коли навіть листування засуджених з установами, які входять до переліку винятків, переглядається. Прикладом визнання такого порушення права особи на таємницю кореспонденції в Україні є рішення ЄСПЛ у справі «Смірнов проти України» від 18 грудня 2018 р.¹⁴ ЄСПЛ встановив, що перегляд кореспонденції заявника становило втручання у його права на повагу до його кореспонденції та не здійснювався «згідно із законом».

Тож, хоч контроль кореспонденції засуджених до позбавлення волі осіб видається припустимим і доцільним, все ж необхідно визначити компетенцію влади, яка може здійснювати такий контроль, чіткі правила та вибір засобів такого контролю. Адже така суцільна перевірка кореспонденції засуджених видається суперечливою, оскільки Конституція України не передбачає таких інститутів, які б дозволяли автоматичне обмеження таємниці кореспонденції.

Натомість більш ретельно охороняється таємниця кореспонденції представників влади. Звісно, встановлення додаткових гарантій для здійснення повноважень окремих категорій державних посадових осіб має на меті створення належних умов для виконання покладених на них державою обов'язків та захист від незаконного втручання у їхню діяльність. При цьому гарантії вищого рівня, оскільки вони допускають винятки із загального принципу рівності прав і свобод громадян, відповідно до рішення Конституційного Суду України, мали визначитися виключно Конституцією¹⁵. Тож вищі, порівняно з іншими особами, гарантії захисту від втручання в таємницю кореспонденції мали зокрема народні депутати, додатковою юридичною гарантією правового статусу яких була депутатська недоторканність. Вона передбачала отримання згоди Верховної Ради України на притягнення парламентаря до кримінальної відповідальності. Водночас на підставі чинних тоді норм Конституції України, Закону України «Про статус народного депутата України» та КПК України депутатська недоторканність включала в себе й заборону порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції народного депутата України. Обмеження цього права потребувало згоди на такі дії Верховної Ради України та санкції суду, що відповідно гарантувало вищий його захист. Певна річ, народні депутати – не єдина категорія осіб, які мали підвищені гарантії здійснення права на таємницю кореспонденції. Зокрема, Конституція України та Закон України «Про судоустрій і статус суддів» визначали окремий, більш ретельний захист таємниці кореспонденції для суддів.

Тож національне законодавство потребувало комплексного підходу щодо охорони таємниці спілкування представників владних органів. Законодавчі ж зміни останніх років суттєво вплинули на нормативне регулювання здійснення цього права для таких осіб. До таких суб'єктів нині можна віднести осіб, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження. Відповідно до ст. 480 КПК України це зокрема народні депутати України, депутати місцевих рад, судді, кандидати у Президенти України, Голова та інші члени Рахункової палати України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Генеральний прокурор та його заступники та ін. Але нині в законодавчих актах щодо правового статусу більшості представників владних органів прямо не визначено вищі гарантії їх права на таємницю кореспонденції. Хоча є винятки, наприклад, щодо охорони кореспонденції народних депутатів України. Зокрема згідно з ч. 2 ст. 482² КПК України клопотання про дозвіл на порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції народного депутата України має бути погоджено Генеральним прокурором або особою, яка виконує його обов'язки. Це, відповідно, гарантує народному депутату вищий, як для пересічних громадян, захист від втручання в таємницю його кореспонденції.

Свої особливості має й здійснення права на таємницю кореспонденції адвокатами при виконанні ними обов'язків захисника. Варто зазначити, що адвокат дійсно має вищий імунітет від незаконного чи свавільного втручання у таємницю його листування чи телефонних розмов, адже, здійснюючи свою діяльність, він має, окрім прав та обов'язків, законодавчо закріплені гарантії адвокатської діяльності. Згідно зі ст. 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» проведення стосовно адвоката оперативних-розшукових заходів чи слідчих дій, в тому числі таких, які передбачають втручання у приватне спілкування, що можуть прово-

дитися виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя. Також забороняється втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом. Зазначені гарантії забезпечують та охороняють професійні права, честь і гідність адвоката як особи при виконанні нею службових обов'язків і водночас гарантують таємницю її листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції.

Очевидно, що у чинному законодавстві неприпустимість втручання у таємницю листування і телефонних розмов адвоката при виконанні ним обов'язків захисника прямо не визначено. І хоча це впливає зі змісту ст. ст. 22 і 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», якими передбачено гарантії адвокатської таємниці та гарантії адвокатської діяльності загалом, очевидно, що існує потреба у чіткому закріпленні в законодавстві гарантії забезпечення права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції адвоката при виконанні ним обов'язків захисника. Адже втручання в спілкування адвоката та його клієнта зводить нанівець довірчі взаємовідносини між ними¹⁶.

Висновки. Отже, незважаючи на всі законодавчі гарантії, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції забезпечується по-різному для різних категорій осіб. Так, найменш забезпеченим це право є стосовно засуджених до позбавлення волі. Вищий імунітет від незаконного чи свавільного втручання в право на таємницю кореспонденції мають народні депутати, адвокати та інші особи, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження. Безумовно, законодавство, що регулює та захищає право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції для кожної з розглянутих категорій осіб, має певні прогалини й суперечності, усунення яких дасть змогу наблизити правове регулювання забезпечення цього конституційного права до міжнародних стандартів та підвищити рівень його захисту.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. Конвенцію ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.1997 р. URL: <http://www.rada.kiev.ua>

² Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141.

³ Токар Н.В. Право на таємницю кореспонденції і телефонних розмов як самостійне право людини: обґрунтування наукової концепції. *Адміністративне право і процес*. 2016. № 1 (15). С. 217–218.

⁴ Всеобщая декларация прав человека. Принята и провозглашена в резолюции 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 г. URL: <http://www.rada.kiev.ua>

⁵ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. Конвенцію ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.1997 р. URL: <http://www.rada.kiev.ua>

⁶ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. Прийнято Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р. Міжнародний пакт ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.1973 р. URL: <http://www.rada.kiev.ua>

⁷ Левченко А.В. До проблеми визначення поняття конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. *Конституційно-правові академічні студії*. 2019. Вип. 2. С. 27.

⁸ Посібник за статтею 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Право на повагу до приватного і сімейного життя. *Європейський суд з прав людини*. 2018. С. 42–43. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/1259d4263dac852ef056_file.pdf

⁹ Явор О. «Сімейне життя» в інтерпретації Європейського суду з прав людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 10. С. 48–49.

¹⁰ Токар Н.В. Право на таємницю кореспонденції і телефонних розмов як самостійне право людини: обґрунтування наукової концепції. *Адміністративне право і процес*. 2016. № 1 (15). С. 217.

¹¹ Там само. С. 218.

¹² Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141.

¹³ Європейська угода про осіб, які беруть участь у процесі Європейського суду з прав людини. Страсбург, 5 березня 1996 р. Угоду ратифіковано Законом № 1846-IV (1846-15) від 23.06.2004 р. URL: <http://www.rada.kiev.ua>

¹⁴ Справа «Сергій Смірнов проти України» (Заява № 36853/09). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d37

¹⁵ Рішення Конституційного Суду України за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» (справа про Рахункову палату) від 23.12.1997 р. № 7-зп/1997. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-97#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

¹⁶ Дроздов О., Дроздова О. Привілеї юридичної професії. *Інформаційний бюлетень*. 2018. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/3c4d83633d6ce7461d5e_file.pdf (дата звернення: 23.11.2020).

Резюме

Міхневич Л.В. Конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції окремих категорій осіб.

У статті досліджено право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції окремих категорій осіб, зокрема право на таємницю кореспонденції осіб, засуджених до позбавлення волі, представників державної влади, адвокатів. Також охарактеризовано дві наукові концепції розуміння права на таємницю кореспонденції. Здійснено аналіз останніх нормативних змін правового регулювання забезпечення права на таємницю кореспонденції в Україні, зокрема зміни гарантій права на таємницю кореспонденції народних депутатів України.

Ключові слова: особистісна концепція права на таємницю кореспонденції, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, право на приватне життя, право на сімейне життя, особи засуджені до позбавлення волі, народні депутати, адвокати.

Резюме

Михневич Л.В. Конституционное право на тайну переписки, телефонных разговоров, телеграфной и другой корреспонденции отдельных категорий лиц.

В статье исследовано право на тайну переписки, телефонных разговоров, телеграфной и другой корреспонденции отдельных категорий лиц, в частности право на тайну корреспонденции лиц, осужденных к лишению свободы, представителей государственной власти, адвокатов. Также охарактеризованы две научные концепции понимания права на тайну корреспонденции. Осуществлен анализ последних нормативных изменений правового регулирования обеспечения права на тайну корреспонденции в Украине, в частности изменения гарантий права на тайну корреспонденции народных депутатов Украины.

Ключевые слова: личностная концепции права на тайну корреспонденции, право на тайну переписки, телефонных разговоров, телеграфной и другой корреспонденции, право на частную жизни, право на семейную жизни, лица, осужденные к лишению свободы, народные депутаты, адвокаты.

Summary

Liudmyla Mikhnevych. The constitutional right to the confidentiality of listening, telephone conversation, telegraph and other correspondence of separate categories of persons.

The right to the confidentiality of listening, telephone conversation, telegraph and other correspondence of separate categories of persons is researched in the article. It is established that despite all legal guarantees, the right to the confidentiality of correspondence is provided differently for separate categories of persons. The least secure of this right are those sentenced to imprisonment, and people's deputies, lawyers and other persons in respect of which a special procedure of criminal proceedings is carried out have the highest immunity from illegal or arbitrary interference with the right to confidentiality of correspondence. Two scientific concepts of understanding the right to the confidentiality of correspondence are characterized. The so-called "personal" concept, which considers this right as a component of the right to privacy and family life, and the second concept justifies the independence of this right, the content and purpose of which is broader than the protection of privacy. The perception of the right to confidentiality of correspondence in the context of the right to private and family life is common. It is substantiated that the "personal" concept is characterized by the connection between the right to confidentiality of correspondence and the right to private and family life, as well as the consideration of the right to confidentiality of correspondence as a separate element of the right to privacy. Instead, the second concept considers the right to confidentiality of correspondence as an independent right that has a relative connection with the sphere of private life and is a separate personal human right. It is noted that the Constitution of Ukraine derives the right to confidentiality of correspondence in a separate article from the inviolability of private and family life, which leads to the conclusion that it is inexpedient to narrow the right to confidentiality of listening, telephone conversation, telegraph and other correspondence only in privacy or family life.

An analysis of the latest normative changes in the legal regulation of ensuring the right to confidentiality of correspondence in Ukraine of separate categories of persons, in particular on the restriction of the right to convicted and higher guarantees of the right to confidentiality of correspondence of deputies of Ukraine, are committed.

Key words: the "personal" concept of the right to the confidentiality of correspondence; the right to the confidentiality of listening, telephone conversation, telegraph and other correspondence; the right to privacy life; the right to family life; persons sentenced to imprisonment; people's deputies; lawyers.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.19

УДК 340.91

М.А. ПАНФЬОРОВА

*Марина Анатоліївна Панфьорова, кандидат історичних наук, доцент, доцент Національного транспортного університету**

ORCID: 0000-0002-7901-862X

ПРАВА ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ: ІСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧНИЙ ВИМІР

Постановка проблеми. Однією з нагальних проблем сучасного світу і України зокрема є проблема прав людини, створення системи їх надійного захисту, затвердження дієвих гарантій реалізації. Гостроти історико-правовим дослідженням даної теми для України додає поєднання національного, іноземного та радянського досвідів у її розвитку, постійна увага до обраної проблеми в українському суспільстві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Тема є достатньо дослідженою в межах окремих періодів або документів, але комплексних робіт, що дають оцінку проблеми з історико-правової точки зору, не вистачає. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в таких працях вітчизняних учених, як М.М. Антонович, Ю.М. Бисага, М.М. Палінчак, Д.М. Белов, М.М. Данканич, О.М. Мироненко, М.І. Луцький, В.В. Кожан та інших.

© М.А. Панфьорова, 2020

* *Maryna Panforova, Ph.D. in History, Associate Professor, Associate Professor of the National Transport University*

У збірках документів, роботах науковців, у підручниках та хрестоматіях наявні опубліковані документи тієї доби. Це дає змогу аналізувати окремі проблемні аспекти державно-правової історії України, зокрема й проблему прав людини.

Формулювання мети статті. Аналіз етапів та особливостей розвитку прав людини на території України у міждисциплінарному вимірі теорії та історії держави і права.

Виклад основного матеріалу. Згідно з аналізом М. Антонович в українській юридичній науці під правами розуміють «можливості вибору особою певної поведінки для забезпечення свого нормального існування і розвитку, закріплені в законах, інших правових актах держави і міжнародних документах, обумовлені рівнем економічного, соціального, духовного і культурного розвитку суспільства». Попередниками слова «права» були слова «вольності» та «привілеї»¹. Існує понад 10 видів класифікації прав людини: за видами, групами прав, колом осіб, обсягом, поколіннями тощо. У найбільш загальному трактуванні основними правами людини є універсально визнані цінності, закріплені міжнародними конвенціями та конституціями держав².

Історично визнання прав людини державою і відповідне законодавче оформлення залежало від рівня розвитку суспільства і таких компонентів форми держави, як форма правління та форма політичного устрою. Окремі права людини в правових джерелах України науковці знаходять ще в документах X–XI ст. ст. (міжнародні угоди з Візантією та «Руська правда»). Зокрема, йдеться про право людини, звинуваченої у злочині, на розгляд її справи судом, про відсутність смертної кари, повагу до власності, досить високий статус жінки тощо³. На той час наявність навіть таких прав випереджала наявні аналоги.

Дослідники пов'язують початок формування громадянського суспільства з буржуазно-демократичними революціями в Західній Європі XVII–XVIII ст. ст., коли ліквідуються станові та корпоративні обмеження, з'являється формальна, але рівність перед законом, виникають перші конституційні документи⁴.

Україна саме в XVI–XVII ст. ст. активно боролася за свої права. Результати цієї боротьби закріплювалися в міжнародних угодах, гетьманських універсалах, знаходили прояви в козацькому звичаєвому праві. До цього періоду належать перші документи конституційного характеру. Саме в цей час на територію України поширювалася дія Литовських Статутів, які містили норми конституційного (державного) права і закріплювали права окремих станів у формі привілеїв.

Так, договірні статті гетьманів з царським урядом науковці відносять до міжнародно-правових угод, що регулювали державне право або до перших конституцій⁵. За другу половину XVII ст. було підписано вісім таких документів: Березневі статті 1654 р., Переяславські 1659 р., Батуринські 1663 р., Московські 1665 р., Глухівські 1669 р., Кононопські 1672 р., Переяславські 1674 р. та Коломацькі статті 1687 р. Крім того, у XVIII ст. було підписано односторонні Решетилівські статті 1709 р. та «Рішительні пункти» 1728 р.

Спільною рисою цих документів був пункт про підтвердження «давніх прав, даних від великих князів литовських і королів польських». У всіх українсько-московських договорах підкреслювалося, що українські козаки і шляхта залишаться при своїх вольностях, правах і привілеях, гарантувалися окремі станові права духовенству і міщанам. На практиці це означало, що в Україні продовжать діяти гетьманська адміністрація і козацькі суди, які у своїй роботі керуватимуться «малоросійськими правами», під якими розумілися норми Литовського Статуту, магдебурзького права та актів гетьманської влади. Ці норми, на думку сучасників, достатньо забезпечували економічні інтереси української козацько-шляхетської верхівки, її станові права та автономістські прагнення⁶.

На думку Т.О. Матвєєвої, відсилка до малоросійських прав проводилася без чіткого їх тлумачення і фактично зовсім не означала повного повернення старих порядків. Особливо на Півдні України, де більшість правових традицій в чистому чи дещо зміненому виді була привнесена в процесі заселення цієї території вихідцями з інших регіонів країни⁷.

З іншого боку, дослідники, і зокрема В.З. Прус, аналізують окремі статті і вважають, що ідея державності персоніфікувалася в привілеях різних станів населення держави. Так, ст. 1 Березневих статей 1654 р. формулювала непорушність прав і вольностей козацького стану в управлінні, суді та в приватноправових відносинах; ст. 6 гарантувала права духовного стану й голови духовенства, київського митрополита. Відмічають, що усі статті проекту договору, що мали забезпечувати непорушність суспільного устрою і привілеї усього населення держави без різниці станів, у затверджених статтях було значно обмежено, зокрема, щодо прав і вольностей міського населення та селянства. Залишалися в силі традиційне судочинство, в яке царським воєводам не дозволялося втручатися, лише частково про це йшлося в ст. 1 про непорушність прав і вольностей козацького стану в суді, під цим фактично розумілося збереження традиційної системи судів, зокрема копних, сотенних, полкових та Генерального суду⁸.

Наприклад, якщо звернутися до тексту Глухівських статей 1669 р., в них на початку бачимо загальне підтвердження попередніх положень статей Б. Хмельницького, але далі йдуть статті, обумовлені тогочасною практикою. Зокрема, ст. 8 про захист від свавілля царських послів та гінців, ст. 15 про захист козаків від царських воєвод, ст. 25 про захист козацької власності, вдов та спадкоємців, ряд статей про права міщан і звільнення певних міст від податків на визначений термін⁹.

На тій частині України, яка перебувала під впливом Польщі або Туреччини, теж прагнули до збереження зазначених раніше «давніх прав». Так, у Гадяцькому трактаті 1658 р. Івана Виговського з Польщею закріплювалася свобода козаків «у радах, судах і вільних виборах панів своїх», спеціально підкреслювалася цілковита рівність православних і католиків¹⁰.

Вершиною конституційної думки козацького періоду або нового часу вважається Конституція Пилипа Орлика 1710 року. Вона включала статті про «захист недоторканності законів і вольностей; про право власності не тільки Гетьмана, а і ченців, священиків, бездітних удів, виборних і рядових козаків, двірських слуг і приватних осіб; про право обирати козацьких і простих урядників, а особливо полковників вільним волевиявленням і голосуванням; про право вдів козаків, їхніх дружин та дітей-сиріт, жінок, чоловіки яких перебувають на війні або на якихось військових службах, бути вільними від загальних повинностей та сплати податків»¹¹.

Незважаючи на те, що Конституція не стала чинною, вона свідчить про вектор розвитку українського суспільства та права, за які воно боролось.

Протягом другої половини XVII–XVIII ст. відбувався процес обмеження і ліквідації української автономії на українських землях, зміни соціальної структури в напрямку повернення станів, зменшення національних особливостей. Тож, про права людини на державному рівні і в сучасному розумінні не йшлося. Але навіть за таких умов вони продовжували існувати, підтверджуючи загальну тенденцію відповідності прав людини вольностям і привілеям окремих груп і станів¹².

В XIX ст. виникає поділ права на галузі. Конституційне право тривалий час для українських земель не було чітко оформленим через характер держав, до складу яких вони входили та особливості їхнього розвитку у складі імперій. Хоча в конституційних законах Австро-Угорщини містився достатньо широкий перелік прав людини ще у XIX ст. Це і загальні природні права, політичні, економічні, соціальні, національні. На думку науковців, це надавало державно-правовій системі Австро-Угорщини більшої демократичності, ніж у Російській імперії того ж періоду. Інше питання, що багато з них залишалися формальними¹³.

Наступним етапом національного розвитку України є доба визвольних змагань (1917–1922 рр.). За ці 5 років було видано багато документів конституційного характеру, існували різні погляди на подальший розвиток нашої держави, послідовно розвивалися і закріплювалися права людини.

До конституційних документів цього періоду, в яких можна знайти положення про права людини, відносяться універсали Центральної Ради, Конституція УНР 1918 р., Закони про тимчасовий державний устрій України 29 квітня 1918 р., проєкт основних законів Української держави 1918 р., проєкт Конституції Української держави 1918 р. тощо.

Вже I Універсал Центральної Ради проголошував права людей на участь в політичному житті країни: обирати та бути обраними, гарантії вільного вибору, рівність перед законом.

Більш детально прав людини торкався III Універсал. Зокрема, визнавалося право на трудову власність та її законодавче регулювання, право на працю та її гідні умови, скасовувалася смертна кара, наголошувалося на необхідності справедливого і професійного суду, поваги до честі та гідності людини¹⁴. Крім того, проголошувалося забезпечення таких свобод, як: свобода слова, друку, віри, зібрань, союзів, страйків, недоторканості особи й помешкання, право й можливість уживання місцевих мов у зносинах з усіма установами. Універсал торкався і прав інших національностей, що мешкали в Україні. «Український народ... буде твердо охороняти волю національного розвитку всіх народностей, на Україні сущих, тому оповідаємо: що народам великоруському, єврейському, польському й іншим на Україні признаємо національно-персональну автономію для забезпечення їм права та свободи самоврядування в справах їх національного життя»¹⁵.

Вищезазначені права підтверджувалися IV Універсалом і знайшли логічне продовження в Конституції УНР від 29 квітня 1918 р. (Статут про державний устрій, права і вольності УНР). В Загальних положеннях «забезпечення права і охорони вільностей, культури і добробуту своїх громадян» проголошувалося метою новоствореної УНР, народ визнавався носієм суверенітету та джерелом влади¹⁶.

II розділ був повністю присвячений правам громадян України і містив 14 статей. Крім норм, які визначали статус громадянства, в розділі були наявні норми щодо природних, особистих, політичних, соціальних, економічних прав людини незалежно від громадянства. Серед прав були закріплені вже задекларовані в універсалах, проголошувалася рівність людей незалежно від статі, походження, віри, національності, освіти, майнового стану. Містилися гарантії від свавілля судових та правоохоронних органів: «...не може бути затриманий на території її без судового наказу інакше, як на гарячому вчинку. Але і в такім разі він має бути випущений не пізніше, як за 24 години, коли суд не встановить якогось способу його затримання»¹⁷.

Потребує уваги той факт, що відповідно до теорії природних прав людини, права на життя, свободу і власність розглядалися як тісно пов'язані між собою. Зокрема, конфіскація майна прирівнювалася до приниження людської гідності як і тілесні покарання. Закріплювалися свобода пересування, недоторканість житла та таємниця листування. Порушення цих норм встановлювалося лише у встановлених законом випадках¹⁸.

На відміну від Центральної Ради, за часи Української держави П. Скоропадського конституційний лад змінився, оскільки за «Законами про тимчасовий устрій України» державна влада зосереджувалась в руках однієї особи. Незважаючи на централізацію влади, тенденція до збереження і гарантування прав людини зберігалася. Акцент ставився на те, що переважна віра в Україні православна, але свобода віросповідання не порушувалася. До того ж, Закон закріплював права на судовий захист, особисту свободу, недоторканність оселі, вільне місце проживання і виїзд за кордон¹⁹.

Доволі помітним було тлумачення політичних прав, оскільки попередні документи через республікансько-демократичну тенденцію за часів Центральної Ради їх докладно не торкалися. «Українські козаки і громадяни мають право робити зібрання в метах, не шкідливих законом, мирно і без зброї. Кожний може в межах, установлених законом, висловлюватися і писати свої думки, а рівно розповсюджувати їх шляхом

друку або іншими засобами. Українські козаки і громадяни мають право гуртувати громади і спілки в метах, не противних законам»²⁰.

Вищезазначені права людини були закріплені і в проекті основних законів Української держави 1918 р., новими були тільки окремі статті про сімейне право: «Для лиць не желающих заключать исповедных браковъ, или ими довольствоваться, устанавливаются законные браки гражданские, съ правомъ развода въ случаехъ, установленныхъ закономъ»²¹. Якщо вести мову про Проект Конституції Української Держави, він фактично дублював Закони в скороченому варіанті, але потрібно наголосити на його демократичній тенденції, в загальних рисах він був схожий на Конституцію УНР.

Уряд Директорії частково вже мав конституційний досвід під час Центральної Ради, але вектор їх соціальної політики дещо змінився – він почав більше орієнтуватись на трудові класи і в Декларації Української Директорії від 26 грудня 1918 р. було зазначено, що влада належить не всьому народові, а суто трудовим класам. До того ж, «експлуаторським класам» було заборонено виставляти своїх кандидатів до Трудового Конгресу²².

Систематизуючим документом, який узагальнив законодавство під час становлення Директорії УНР став «Основний державний закон УНР». Він детально закріпив способи, за якими набувався стан громадянства, рівність усіх громадян перед законом та судом, рівність чоловіка та жінки, недоторканність майна та житла, право на освіту, право на вільний вибір праці, право на політичні права, держава забезпечувала охорону законом інтелектуальної власності, здоров'я та життя людини. Окремо можна зазначити, що чужинці не мали політичних прав, а в іншому вони підлягали законам так само як і громадяни²³.

У ЗУНР, на думку дослідників, законодавство, не зважаючи на несприятливі обставини, мало соціальний характер. Особливий вплив на законодавство ЗУНР мала Тимчасова Конституція, прийнята 13 листопада 1918 р. («Тимчасовий Основний Закон про державну самостійність українських земель бувшої австро-угорської монархії»). У ній закріплювалось верховенство і суверенітет народу в державі, загальне, рівне, пряме виборче право, таємне голосування, пропорційна система. Виборчим правом наділялися всі громадяни, без урахування національності і статі²⁴. Законом 1919 р. «Про вживання мови у внутрішнім та зовнішнім урядуванні державних властей і урядів, публічних інституцій й державних підприємств на Західній області УНР» державною мовою проголошувалася українська, а іншим гарантувалася державна підтримка та захист. За національними меншинами закріплювалось право вживати рідні мови в урядових відносинах з державною владою та урядом, а державним органам відповідати рідною мовою тих громадян, які звертаються до них, їм гарантувалось право вільно користуватися рідною мовою, мати школи, бібліотеки, видавати періодичку, книги²⁵. В проекті Конституції 1920 р. Станіслава Дністрянського наголошувалося, що держава визнає людину, з її правами та свободами, важливою соціальною цінністю. Окрема увага приділялася самовизначенню народів²⁶.

Щодо радянського періоду розвитку, то права людини у всіх радянських Конституціях хоча і розвивалися теоретично: як за обсягом, так і термінологічно, але були здебільшого декларативними.

У першій радянській Конституції 1919 р. було лише чотири розділи, в одному з яких закріплювалася диктатура трудящих та експлуатованих мас пролетаріату і найбіднішого селянства. У другій Конституції 1929 р. з п'яти розділів, третій був присвячений тільки виборчим правам, позбавляючи таких прав, крім членів царської родини, душевнохворих та чиновників силових відомств, зокрема й осіб, що використовували найману працю, жили з нетрудового прибутку, а саме: відсотків з капіталу, прибутку з підприємств, надходжень з майна і т. ін.; приватних крамарів, торговельних і комерційних посередників; духовництво, служників релігійних культів, якщо це заняття було їхньою професією, та ченців²⁷. У період НЕПу, незважаючи на загальну тенденцію повернення до приватного господарства, права людини не знайшли свого закріплення на конституційному рівні.

Конституції УРСР 1937 та 1978 рр. включали окремі розділи з основних прав та обов'язків громадян. Попри широкий перелік, передусім проголошувались економічні та культурні права. «Серед політичних декларувалось право об'єднуватись у політичні партії, що за умов монопартійного режиму сприймалось як фікція. Не проголошувалось у цих Конституціях і право на зміну місця проживання, право на страйк тощо»²⁸. Дослідники відмічають численні розбіжності між конституційною теорією та практикою її реалізації в умовах тогочасного тоталітарного режиму.

Висновки. Отже, права людини протягом всієї історії перебували в Україні в центрі уваги суспільства і держави. Це зумовлено як власним державно-правовим розвитком, так і зовнішнім впливом. При цьому слід наголосити на зв'язку між розвитком суспільства, формою держави та правами людини. Можна виділити декілька етапів розвитку прав людини в документах конституційного характеру. Це X–XI ст. ст., XVI–XVIII ст. ст., 1917–1920 рр. та радянський період. Розвиток прав людини відбувався від окремих прав у давній період, через права груп і станів у формі вольностей та привілеїв у новий час, до розширення даної категорії як за обсягом, так і за колом осіб у наступні періоди. У цілому така тенденція пов'язана з національно-визвольною боротьбою, перебуванням у складі різних держав, процесом обмеження і ліквідації української автономії, розвитком власного державотворення. У центрі уваги передусім перебували економічні права і право на захист від свавілля влади.

Проаналізовані конституційні документи різних державних утворень, які існували в Україні в 1917–1920 рр., дають підстави стверджувати, що незалежно від їх політичної спрямованості в них послідовно розвивалися, закріплювалися та гарантувалися основні природні, соціальні, економічні та політичні

права людини. Увесь комплекс прав людини можна умовно поділити на дві групи: ті, що були зумовлені конкретними історичними обставинами (характерні для різних державних утворень) і незалежні від часу, загальнолюдські права, які визнавалися всіма. До цієї групи можна віднести право на життя, свободу, віросповідання, рівність перед законом, рівність незалежно від статі, походження, народності, свободу слова, недоторканність житла та таємницю листування. Незважаючи на несприятливі зовнішні умови, відсутність певний час власного досвіду державно-правового будівництва, політичні сили, що стояли на чолі українського державотворення в цей період не пішли шляхом диктатури та утисків прав людини і громадянина. Це створює певну конституційну традицію щодо ставлення до прав людини як до найбільшої цінності. Стосовно радянського періоду розвитку, то тема прав людини і в цей період не була замовчуваною: перелік прав людини послідовно розширювався у радянських конституціях попри їх декларативність та розходження з практикою.

- ¹ Антонович М.М. Еволюція поняття прав людини та проблема їх класифікації. *Право України*. 2005. № 12. С. 16.
- ² Кожан В.В. Класифікація особистих прав людини. *Науковий вісник УЖНУ*. 2015. № 35. С. 25 (Серія «Право»).
- ³ Антонович М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини: монографія. Київ : Видавничий дім «KM Academia», 2000. С. 26.
- ⁴ Бисага Ю.М., Палінчак М.М., Белов Д.М., Данканич М.М. Права людини. Ужгород : Ліра, 2003. С. 13–14.
- ⁵ Там само. С. 128–129; Козаченко А.І. Державно-правове становище України на кінець XVII – початок XVIII ст. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2006. № 11. С. 126; Прус В.З. Березневі статті Б. Хмельницького 1654 року як джерело права Лівобережної України першої половини XVIII століття. *Наше право*. 2015. № 2. С. 13.
- ⁶ Бисага Ю.М., Палінчак М.М., Белов Д.М., Данканич М.М. Права людини. Ужгород : Ліра, 2003. С. 16–17.
- ⁷ Матвеева Т.О. Законодавство Гетьманщини у 18 столітті. *Форум права*. 2016. № 2. С. 116.
- ⁸ Прус В.З. Березневі статті Б. Хмельницького 1654 року як джерело права Лівобережної України першої половини XVIII століття. *Наше право*. 2015. № 2. С. 15.
- ⁹ Дем'ян Многогрішний. Глухівські статті. Ізборник. URL: <http://litopys.org.ua/suspil/sus121.htm> (дата звернення 10.01.2021)
- ¹⁰ Бисага Ю.М., Палінчак М.М., Белов Д.М., Данканич М.М. Права людини. Ужгород : Ліра, 2003. С. 17.
- ¹¹ Антонович М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини: монографія. Київ : Видавничий дім «KM Academia», 2000. С. 27.
- ¹² Антонович М.М. Еволюція поняття прав людини та проблема їх класифікації. *Право України*. 2005. № 12. С. 10.
- ¹³ Кондратюк О.В. Судова система та судочинство в Галичині в складі Австро-Угорщини (1867–1918): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2006. С. 11.
- ¹⁴ Хрестоматія з історії держави і права України: у 2-х т. / за ред. В.Д. Гончаренка. Київ: Ін Юре, 2000. Т. 2. С. 21–22.
- ¹⁵ Там само. С. 24.
- ¹⁶ Конституційні акти України 1917–1920. Невідомі конституції України. Київ: Філософська і соціологічна думка, 1992. С. 73.
- ¹⁷ Там само. С. 74.
- ¹⁸ Там само. С. 75.
- ¹⁹ Хрестоматія з історії держави і права України: у 2-х т. / за ред. В.Д. Гончаренка. Київ : Ін Юре, 2000. Т. 2. С. 63.
- ²⁰ Там само. С. 64.
- ²¹ Мироненко О.М. Витоки українського революційного конституціоналізму 1917–1920 рр.: теоретико-методологічний аспект. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького, 2002. С. 225.
- ²² Конституційні акти України 1917–1920. Невідомі конституції України. Київ : Філософська і соціологічна думка, 1992. С. 73.
- ²³ Там само. С. 127–131.
- ²⁴ Луцький М.І. Правова характеристика конституційного законодавства в ЗУНР. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2014. Випуск 27. Т. 1. С. 31 (Серія «Право»).
- ²⁵ Там само. С. 32.
- ²⁶ Стецюк П. Станіслав Дністрянський як конституціоналіст. Львів, Жовква : Місіонер, 1999. С. 158–159.
- ²⁷ Конституція (основний закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки 1929 року. URL: <http://static.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1929.html> (дата звернення 10.01.21)
- ²⁸ Антонович М. Україна в міжнародній системі захисту прав людини: монографія. Київ : Видавничий дім «KM Academia», 2000. С. 29.

Резюме

Панфьорова М.А. Права людини в Україні: історико-теоретичний вимір.

У статті проаналізовано етапи та особливості розвитку прав людини на території України у міждисциплінарному вимірі теорії та історії держави і права. Зроблено акцент на документах конституційного характеру різних періодів та правах людини, закріплених у них. Проблему розглянуто в давній, козацькій, 1917–1921 рр. та радянській періоди, від окремих прав, через вольності та привілеї станів, до розширення поняття за обсягом і колом осіб. Обґрунтовано висновок про безперервність української державно-правової традиції і такі фактори впливу на розвиток прав людини, як національно-визвольна боротьба, входження до складу різних держав, процеси обмеження і ліквідації української автономії, розвиток власного державотворення.

Ключові слова: права людини, етапи розвитку, вольності, привілеї, стани, державно-правові традиції, конституційні документи, соціально-економічні права.

Резюме

Панфёрова М.А. Права человека в Украине: историко-теоретический аспект.

В статье проанализированы этапы и особенности развития прав человека на территории Украины в междисциплинарном измерении теории и истории государства и права. Сделан акцент на документах конституционного характера и правах человека, закрепленных в них. Проблема рассмотрена в древний, казацкий, 1917–1921 гг. и советский периоды, от отдельных прав, через вольности и привилегии сословий, к расширению понятия прав человека по объему и кругу лиц. Обоснован вывод о непрерывности украинской государственно-правовой традиции и такие факторы влияния на развитие прав человека, как национально-освободительная борьба, пребывание в составе разных государств, процессы ограничения и ликвидации украинской автономии, развитие собственной государственности.

Ключевые слова: права человека, этапы развития, вольности, привилегии, сословия, государственно-правовые традиции, конституционные документы, социально-экономические права.

Summary

Maryna Panforova. Human rights in Ukraine: historical and theoretical dimension.

The article presents the result of a historical and theoretical study of human rights in Ukraine. Emphasis is placed on the constitutional documents of different periods and human rights enshrined in them. The problem was considered in the Ancient, Cossack, 1917–1921 and Soviet periods, from individual rights, through the freedoms and privileges of the estates, to the expansion of the concept in terms of volume and range of persons. The conclusion about the continuity of the Ukrainian state and legal tradition and such factors influencing the development of human rights as the national liberation struggle, joining various states, the processes of limiting and eliminating Ukrainian autonomy, the development of their own statehood is substantiated.

The analyzed constitutional documents of various state formations that existed in Ukraine in 1917–1920 give grounds to assert that regardless of their political orientation, they consistently developed, consolidated and guaranteed basic natural, social, economic and political human rights. The whole complex of human rights can be divided into two groups: those that were due to specific historical circumstances (characteristic of different state entities) and independent of time, universal human rights, which were recognized by all. This group includes the right to life, liberty, religion, equality before the law, equality regardless of gender, origin, nationality, freedom of speech, inviolability of home and secrecy of correspondence. Despite unfavorable external conditions, the lack of some experience of state and legal construction, the political forces that led the Ukrainian state formation in this period did not follow the path of dictatorship and oppression of human and civil rights. This creates a certain constitutional tradition of treating human rights as the greatest value. As for the Soviet period of development, the topic of human rights was not silenced at all during this period either: the list of human rights was consistently expanded in the Soviet Constitutions, despite their declarativeness and differences with practice.

Key words: human rights, stages of development, freedoms, privileges, estates, state and legal traditions, constitutional documents, socio-economic rights.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.20

УДК 342.565.2

О.Г. ТУРЧЕНКО

*Ольга Григорівна Турченко, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Донецького національного університету імені Василя Стуса**

ORCID: 0000-0001-7446-1289

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА В КОНТЕКСТІ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА

Постановка проблеми. Захист прав та свобод людини та громадянина є однією з основних завдань кожної сучасної демократичної і правової держави. Так, в основу Конституції України покладено концепцію дотримання прав та свобод людини, визнання їх невід’ємними та непорушними, відповідно, «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави» (ст. 3)¹. Разом із тим ефективне дотримання прав та свобод неможливе без забезпечення принципу верховенства права.

Стаття 8 Конституції України регламентує «визнання і дію» принципу верховенства права. Треба погодитися з позицією М. Козюбри, що верховенство права передбачає інтерпретацію його через складові, які, передусім, охоплює ст. 3 Конституції України, що закріплює обов’язок держави щодо поваги до прав людини. Відповідно як безпосередній прояв реалізації верховенства права необхідно розглядати спрямованість діяльності органів влади та їхніх посадових осіб на забезпечення фундаментальних, невідчужуваних прав людини².

На думку Т.Р.С. Аллана, саме однакова гідність усіх громадян і справедливе ставлення й повага до індивідуальної автономії є серцевиною принципу верховенства права³.

Загальне визначення терміна «верховенство права» було викладено в рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004: «Верховенство права – це панування права в суспільстві. Вер-

© О.Г. Турченко, 2020

* *Olha Turchenko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Vasyl’ Stus Donetsk National University*

ховенство права вимагає від держави його втілення в правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема в закони, які за своїм змістом мають бути пройняті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо»⁴.

Відповідно до розуміння Конституційного Суду України (далі – Суд) «верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо»⁵. У Рішенні від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками Конституційний Суд України зазначає, що «із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі» (абз.2 п.п. 5.4 п. 5 мотивувальної частини)⁶.

З огляду на багатозадачність Суду значний обсяг його повноважень, недосконалий механізм контролю за прийняттям нормативно-правових актів та їх реалізацією, а також через те, що Суд є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні, відслідкувати порушення прав та інтересів особи, що виникли внаслідок розрізу відповідності положень нормативно-правових актів Основному Закону, вкрай важко. Тому виконання функціональних повноважень Суду, зокрема, полягає в реагуванні на повідомлення про можливе порушення норм Конституції України, однією з процедурних форм якого відповідно до ст. 50 Закону України «Про Конституційний Суд України» (далі – Закон) є конституційна скарга⁷.

У контексті правозахисного механізму конституційна скарга заслуговує на найбільшу увагу, оскільки стосується порушення права конкретної особи, а отже, вирішення зазначеного у скарзі питання матиме не тільки абсолютний характер та уособлюватиме охоронну функцію, а й захистить права конкретно визначеного суб'єкта. З огляду на вказане обрана тема дослідження є актуальною.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теми, що стосуються інституту конституційної скарги в Україні, неодноразово порушувалися в працях вітчизняних вчених-правників, зокрема, К. Айріян, М. Гульгата, В. Копчи, В. Лемака, В. Нестеровича, О. Петришина та інших. Так, О. Білоскурська та Т. Подорожня деталізували базові досягнення та упущення створеної в Україні моделі конституційної скарги; праці Т. Бринь присвячені Суду як складовій частині механізму захисту прав людини, в межах якого значну роль відіграє і конституційна скарга; дослідження М. Гульгата направлені на здійснення комплексного аналізу існуючого нині інституту конституційної скарги в його нормативному врегулюванні та теоретичному обґрунтуванні; Л. Наливайко та О. Чепік-Трегубенко вивчали іноземний досвід запровадження та розвитку конституційної скарги як форми здійснення конституційного судочинства, а також характеризували застосування такого досвіду в українському правовому полі тощо.

Разом із тим багато проблемних питань виникають безпосередньо в процесі застосування інституту конституційної скарги, тому вичерпання необхідності дослідження даної теми неможливе. Таким чином, інститут конституційної скарги потребує постійного вивчення, аналізу й оновлення теоретичної та практичної бази знань.

Формулювання мети статті. Метою статті є визначення сутності конституційної скарги в контексті принципу верховенства права.

Виклад основного матеріалу. В науці конституційного права існують три основні підходи до тлумачення змісту принципу верховенства права:

- формальний, що ґрунтується на аналізі нормативного закріплення принципу верховенства права загалом та аналізі окремих критеріїв його дотримання, зокрема, формальної незалежності та безсторонності судової влади; офіційно встановленому порядку прийняття законів; відсутності зворотної сили законів тощо)⁸;
- субстантивний (матеріально-правовий), який заснований на моральних уявленнях про належну правову систему та визначає стан її реалізації, розкриває сутність принципу верховенства права, ставлення окремого індивіда до нього та впевненість у засобах його реалізації⁹;
- функціональний або інтегрований, який подібний до матеріально-правового (сутнісного), але увага в ньому зосереджується на тому, наскільки ефективно право та правова система в цілому виконують функції захисту інтересів людини.

Саме наявність ефективної судової системи є гарантією «формального» верховенства права, від належного забезпечення права на справедливий суд залежить система права загалом, тому що є гарантією захисту всіх інших прав¹⁰.

Інститут конституційної скарги в Україні започаткований нещодавно, але він не є абсолютно новим інститутом, його створення – це загальноєвропейська тенденція, певним етапом еволюції сучасного конституціоналізму. Та чи інша модель конституційної скарги поступово зміцнюється в європейських державах.

Так, як зазначають Л. Наливайко та О. Чепік-Трегубенко, модель повної скарги (кожна особа може звертатися до конституційного суду стосовно визначення конституційності ухваленого щодо неї будь-якого правового акта, а також якщо вона вичерпала інші можливості захисту своїх конституційних прав) існує в Німеччині, Австрії, Бельгії, Грузії, Чехії, Хорватії, на Мальті тощо. Модель неповної скарги (має обмежений об'єкт оскарження) представлена в Польщі, Латвії, Вірменії, Російській Федерації, а тепер і в Україні та інших державах¹¹.

В Україні конституційна скарга з'явилася завдяки проведенню судової реформи 2016 р., яка торкнулася і здійснення конституційного судочинства. Новий Закон України «Про Конституційний Суд України» від

13 липня 2017 р. передбачив введення цього інституту, фактично ж можливість застосування цього інституту з'явилася після ухвалення Судом «Регламенту Конституційного Суду України» від 22 лютого 2018 р. та формування колегій і сенатів Конституційного Суду, які й розглядають ці скарги.

Доцільність введення цього інституту можуть підтвердити цифри. Станом на 30 листопада 2020 р. до Суду надійшло 519 скарг, з них у 2019 р. Суд ухвалив дев'ять рішень за результатами розгляду 19 конституційних скарг.

Попередній Закон України «Про Конституційний Суд України», що втратив чинність 3 серпня 2017 р., визначав ст. 38 формами звернення до Суду конституційне подання та конституційне звернення. Варто звернути увагу, що фізична особа, не маючи відповідного політичного статусу та приналежності до того чи іншого органу вищої влади в державі, так само як і юридична особа, могла звернутися до Суду виключно в межах конституційного звернення щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України з метою забезпечення реалізації чи захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, а також прав юридичної особи (ч. 1 ст.42 вищезгаданого Закону)¹².

Таким чином, фізичні та юридичні особи були позбавлені права порушувати питання про розгляд тієї чи іншої норми на предмет її неконституційності.

Згідно з ч. 1 ст. 55 Закону 2017 р. конституційною скаргою є подане до Суду письмове клопотання щодо перевірки на відповідність Конституції України (конституційність) закону України (його окремих положень), що застосований в остаточному судовому рішенні у справі суб'єкта права на конституційну скаргу.

Треба погодитися з В. Копчою¹³, В. Лемаком, О. Петришиним¹⁴, що незважаючи на те, що в статті безпосередньо конституційна скарга не зумовлюється захистом основних конституційних прав і свобод людини, її юридична природа як індивідуального інструменту зумовлює її нерозривний зв'язок із потребою захисту (відновлення) прав конкретної ідентифікованої особи чи групи осіб.

Навіть якщо в результаті розгляду скарги буде виділена системна проблема конституційного правопорядку, на охорону якого передусім спрямована діяльність Суду, це не змінює природи конституційної скарги як індивідуального інструменту захисту прав.

Отже, запровадження інституту конституційної скарги, що дає змогу особі впливати на визнання неконституційними тих чи інших положень закону, слід вважати вагомим кроком до закріплення моделі конституційної прямої демократії в державі та забезпечення принципу верховенства права.

Крім того, на думку В. Радзівської¹⁵, конституційна скарга є формою забезпечення доступу особи до органу конституційної юрисдикції. Загальний конституційний принцип рівності усіх і кожного в правах і свободах зумовлює необхідність забезпечення всім рівних правових можливостей як матеріального, так і процесуального характеру, що ґрунтується на визнанні у правовій державі звернення до суду універсальним способом захисту прав і свобод фізичних осіб, а також прав юридичних осіб.

Саме тому Україна обрала вектор розвитку інституту конституційної скарги на прикладі найбільш розвинених країн Європи, маючи на меті підвищення ступеня відповідальності суб'єктів нормотворення та нормозастосування шляхом надання кожному права звернення до Суду.

На думку Т. Бринь, конституційною скаргою є звернення будь-яких осіб, які на законних підставах проживають на території України, до єдиного органу конституційної юрисдикції з приводу порушення їхніх конституційних прав шляхом ухвалення законодавчого акту за умови, що цей акт вже застосований або підлягає застосуванню у конкретній справі, що розглядається судом чи іншим органом державної влади¹⁶.

В. Шаповал розглядає конституційну скаргу як правовий засіб ініціювання в органі конституційної юрисдикції, насамперед фізичною особою, спеціальної процедури захисту конкретного права, що порушено актом, виданим державним органом або посадовою особою в системі виконавчої влади, чи рішенням суду загальної юрисдикції¹⁷.

Зазначені визначення конституційної скарги характеризують її значення в ролі інструменту впливу особи на систему права та державну політику, адже за результатами розгляду конституційної скарги можливим стає вилучення з бази юридичних норм, закріплених державою в чинному законодавстві, ті, які суперечать або не відповідають Конституції.

На думку М. Гульгая, функціонування інституту конституційної скарги також доповнює зміст принципу прямої дії норм Конституції України, оскільки гарантує скаржникові захист прав і свобод безпосередньо на підставі конституційних норм і тоді, коли був застосований закон, який цим нормам суперечить. Внаслідок цього суб'єкт права на конституційну скаргу може усвідомити цінність конституційних положень у сфері основоположних прав, почуваючи себе у правовій безпеці, навіть якщо було ухвалено неконституційний законодавчий акт¹⁸.

Юридичною специфікою конституційної скарги є те, що вона стосується конкретного порушеного конституційного права, яке належить конкретному суб'єкту. Так, конституційна скарга є прямим засобом забезпечення не тільки конкретного права суб'єкта, а й засобом забезпечення верховенства Конституції України.

Отже, поряд із виконанням основних завдань, покладених законодавцем, Суд у разі розгляду конституційної скарги виступає як гарант дотримання прав та свобод особи шляхом забезпечення конституційності правового поля.

Конституційна скарга також має на меті супроводження здійснення конституційного контролю, що здійснюється, на думку Т. Подорожної та О. Білоскурської, у межах судочинства за скаргами громадян і

полягає в перевірці відповідності правового акта Конституції держави, який як джерело права характеризується стабільністю і встановлює загальні засади національного законодавства, що дозволяє суб'єкту права на конституційну скаргу оскаржувати, зокрема (і переважно), нормативні правові акти аж до рівня закону, спираючись більшою мірою на принципи права і перебуваючи в меншій залежності від буквального тлумачення правової норми¹⁹.

Сутність конституційної скарги можна розкрити через її ознаки, серед яких, як правило, виділяють наступні: є письмовим клопотанням (зверненням) з регламентованими вимогами; стосується перевірки відповідності положень конкретного закону Конституції; тісно пов'язана з остаточним рішенням суду, в якому застосовувався певний закон; подається чітко визначеним суб'єктом – суб'єктом права на конституційну скаргу; має визначену законодавчо процедуру подачі та розгляду.

Закон визначає конституційну скаргу через процесуальне поняття «клопотання», що представляється термінологічно не правильним, оскільки поняття скарги та клопотання в аспекті звернень особи існують окремо один від одного та мають деякі відмінності. Так, скарга акцентує увагу на вимогу до відповідного суб'єкта вчинити певні дії або утриматися від них, в той час як клопотання виражає прохання щодо такого вчинення/утримання. Тому конституційна скарга повинна б трактуватися саме як вимога до Суду, оскільки законодавчо Суд зобов'язаний здійснювати перевірку відповідності нормативно-правових актів Конституції України, і така перевірка є одним з основних завдань Суду.

Вимоги до змісту конституційної скарги, тобто обов'язкові реквізити, які мають бути у ній зазначені, закріплені ч. 2 ст. 55 Закону; щодо формальних вимог, то конституційна скарга має подаватися виключно в письмовій формі за особистим підписом особи (або уповноваженої в установленому законом порядку особи, яка діє від її імені, якщо вона за станом здоров'я або фізичною вадою не в змозі особисто підписати (ч. 2 ст. 56 Закону)) та державною мовою (ч. 1 ст. 74 Закону).

Недотримання визначених законодавцем вимог матиме негативні наслідки для суб'єкта подання у вигляді повернення конституційної скарги.

Основна особливість конституційної скарги – це те, що її предметом є перевірка на відповідність положень закону (його окремих положень) Конституції України, причому зазначені положення мають бути обов'язково застосовані в остаточному судовому рішенні.

Варто звернути увагу, що оскільки розгляд конституційної скарги здійснюється в межах захисту та відновлення прав особи, то Суд також розглядає питання щодо відповідності Конституції законів, які втратили чинність, якщо такі акти продовжують застосовуватись до правовідносин, що виникли під час їх чинності.

При цьому дії чи бездіяльність органів державної влади, рішення судів у системі судоустрою України до Суду не оскаржуються.

Певні незрозумілості виникають щодо того, яке саме рішення у справі слід вважати остаточним рішенням суду, якого має стосуватися конституційна скарга. Справа в тому, що процесуальне законодавство України не містить визначення поняття «остаточне рішення», воно оперує поняттям рішення суду, що набрало законної сили, не може бути оскаржене, крім виключних випадків, встановлених законом, тобто не може бути зміненим за загальним правилом, а отже, є остаточним. Таким чином, складається враження, що будь-яке рішення суду, що вступило в законну силу, та в якому застосовувалися оскаржувані положення відповідного закону, можуть стати однією з причин подання конституційної скарги.

Разом із тим п. 1 ч. 1 ст. 77 Закону встановлено, що конституційна скарга вважається прийнятною, зокрема, якщо вичерпано всі національні засоби юридичного захисту (за наявності ухваленого в порядку апеляційного перегляду судового рішення, яке набрало законної сили, а в разі передбаченої законом можливості касаційного оскарження – судового рішення, винесеного в порядку касаційного перегляду).

Із зазначеного вбачається, що рішенням суду в контексті подання конституційної скарги може бути тільки рішення суду останньої інстанції, тобто таке, можливість оскарження якого вже була реалізована в повному обсязі.

Але ж перегляд судового рішення судом апеляційної/касаційної інстанції здійснюється в межах застосування норм матеріального та процесуального права, і суд визначає правильність застосування тієї чи іншої норми, а не трактує її з точки зору відповідності Конституції України. Положення закону, що викликає сумнів щодо відповідності Конституції, може слугувати підставою для прийняття рішення судом першої інстанції та не бути переглянутим в апеляційному чи касаційному провадженні, адже існування норм, що не відповідають Конституції України, не залежить від інстанційності розгляду судової справи, в якій таку норму було застосовано.

Разом із тим, зазначену вище вимогу законодавця можна пояснити тим, що у випадку апеляційного/касаційного перегляду судового рішення, що містить посилання на сумнівну з точки зору відповідності Конституції України норму, може бути змінено рішення та виключено застосування вказаної норми, чим і вичерпається питання порушення прав та інтересів суб'єкта звернення. Таким чином, кількість можливих звернень до Суду з конституційними скаргами значно звужується, що має позитивний вплив на якість та швидкість роботи Суду у випадках, коли дійсно є побоювання та докази існування неконституційної норми.

Отже, вичерпання засобів юридичного захисту є додатковою можливістю судів загальної юрисдикції запобігти застосуванню відповідної норми, що виключатиме порушення прав особи, а отже, зводитиме нанівець необхідність звернення до Суду.

Слід зазначити, що будь-яких обмежень щодо виду судочинства (юрисдикції), в якому було прийнято відповідне рішення, національне законодавство не містить.

У свою чергу, невирішеним на сьогодні залишається питання, чи розповсюджується на необхідність подачі конституційної скарги вимога щодо обов'язковості вичерпання всіх національних юридичних способів захисту при подачі скарги до Європейського суду з прав людини.

Обмеження існують в межах строку на подання конституційної скарги. Так, відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 77 Закону конституційна скарга вважатиметься поданою, зокрема, якщо з дня набрання законної сили остаточним судовим рішенням, у якому застосовано закон України (його окремі положення), сплинуло не більше трьох місяців, з можливістю поновлення пропущеного строку, якщо особа не мала повного тексту судового рішення, що пов'язується з процесуальними правами особи клопотати про поновлення строку за наявності поважних причин його пропуску. Однак, на відмінну від національного процесуального законодавства в межах загальної юрисдикції, конституційне провадження визнає лише одну причину пропуску строку – відсутність у суб'єкта повного тексту судового рішення.

У такому випадку вбачається, що тримісячний строк на подання конституційної скарги має відраховуватися від дати отримання повного тексту рішення та за умови пропуску і цього строку конституційна скарга має бути повернута суб'єкту подання.

Частина 1 ст. 56 Закону виключає з суб'єктів права на конституційну скаргу юридичних осіб публічного права.

В.М. Зубар, порівнюючи юридичні особи публічного та приватного права, виділив такі критерії для їх поділу: способи утворення, мета (цілі) діяльності, правоздатність, правовий режим майна, перелік організаційно-правових форм, наявність можливості видавати нормативно-правові акти тощо. Безумовно, зазначений перелік критеріїв не є вичерпним²⁰.

Проте основним критерієм поділу юридичних осіб на осіб приватного та публічного права є порядок їх створення. Так, юридична особа, створена розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування, є юридичною особою публічного права, отже, не може звертатися до Суду з конституційною скаргою, оскільки останнє прямо передбачене положенням Закону.

Таким чином, до Суду мають право звернутися громадяни України, іноземці, особи без громадянства та юридичні особи приватного права. Тобто будь-яких обмежень щодо права подати скаргу національне законодавство не містить, проте за загальним правилом особа-скаржник має володіти повною дієздатністю, а також, з огляду на трактування законодавцем конституційної скарги, має бути учасником судової справи, з якої було винесено рішення із застосуванням спірного закону.

Ще однією основною ознакою конституційної скарги є те, що її прийняття та розгляд супроводжуються чітко регламентованою процедурою, порушення якої має негативні наслідки. У зв'язку з тим, що Суд є єдиним органом конституційної юрисдикції, з метою дотримання ефективності роботи Суду розгляд конституційних скарг має бути чітко регламентованим.

Чітке законодавче процедурне регулювання свідчить про важливість повного та всебічного з'ясування обставин, що стали підставою подання конституційної скарги, та направленість законодавця на ефективне використання потенціалу Суду.

Висновок. Інститут конституційної скарги є новелою української конституційної юрисдикції, яка спрямована на забезпечення доступу фізичних та юридичних осіб до конституційного судочинства з метою захисту своїх прав, свобод та інтересів.

Введення інституту конституційної скарги в якості інструменту механізму захисту конституційних прав і свобод людини сприяє укоріненню основної ідеї конституціоналізму – впровадженню принципу верховенства права, обмеженню державної влади, прагненню захистити права людини.

¹ Конституція України, прийнята 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>

² Козюбра М.І. Верховенство права, права людини і місцеве самоврядування: проблеми взаємозв'язків. *Наукові записки НаУКМА*. 2017. Т. 200. Юридичні науки. С. 67–71. С. 69.

³ Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / пер. з англ. Київ, 2008. 385 с. С. 11.

⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 р. № 15-рп/2004. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>

⁵ Рішення Конституційного Суду України за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). *Вісник Конституційного Суду України*. 2004. № 5. С. 38–45.

⁶ Рішення у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками). *Вісник Конституційного Суду України*. 2005. № 5. С. 19.

⁷ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>

⁸ Луців О.М. «Формальні» концепції верховенства права у сучасній науковій літературі. *Вісник Львівського університету*. 2013. Вип. 57. С. 60–67.

⁹ Константий О.В. Щодо проблеми реалізації принципу верховенства права у сфері діяльності судової влади в Україні. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. № 8. С. 41–44. С. 42.

¹⁰ Турченко О.Г., Боровицький О.А. Щодо правового регулювання діяльності Вищої ради правосуддя в контексті принципу верховенства права. *Правничий часопис Донецького університету*. 2019. № 2 (38). С. 33–43.

¹¹ Наливайко Л., Чепік-Трегубенко О. Інститут конституційної скарги: зарубіжна практика, вітчизняний досвід та перспективи. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2020. № 2. С. 7–15. С. 10. URL: <http://er.dduvs.in.ua/bitstream/123456789/5198/1/1.pdf>

¹² Про Конституційний Суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/422/96-вр#Text>

¹³ Копча В.В. Конституційна скарга як інструмент захисту прав людини в Україні. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2018. Т. 4. № 84. С. 11–16. С. 12.

¹⁴ Лемак В.В., Петришин О.В. Конституційна скарга в Україні: проблеми механізму впровадження. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 2. С. 79–88. С. 80.

¹⁵ Радзівська В. До питання про запровадження в Україні інституту конституційної скарги. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2012. № 6. С. 52–57. С. 54.

¹⁶ Бринь Т. Конституційний Суд України в механізмі захисту та забезпечення прав і свобод людини і громадянина: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2010. 19 с. С. 6.

¹⁷ Шаповал В.М. Суд як орган конституційного контролю (із зарубіжного досвіду). *Вісник Конституційного Суду України*. 2005. № 6. С. 20–33. С. 32.

¹⁸ Гультай М. Конституційна скарга у механізмі доступу до конституційного правосуддя: курс лекцій. Київ: Центр учебно-вої літератури, 2019. 270 с. С. 258.

¹⁹ Подорожна Т., Білоскурська О. Конституційна скарга як форма судового захисту прав людини в Україні. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. 2019. Вип. 1 (41). С. 97–101. С. 98.

²⁰ Зубар В. Співвідношення понять «юридична особа публічного права» та «юридична особа приватного права». *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. Вип. 41. С. 30–33. С. 33. URL: <http://www.apdp.in.ua/v41/06.pdf>

Резюме

Турченко О.Г. Конституційна скарга в контексті принципу верховенства права.

У статті досліджуються проблематика реалізації конституційної скарги, сутність, специфіка, ознаки конституційної скарги в контексті принципу верховенства права, зокрема, як індивідуального інструменту захисту прав людини, що передбачає можливість прямого звернення особи до органу конституційної юрисдикції та як прямого засобу забезпечення не тільки конкретного права суб'єкта, а й засобу забезпечення верховенства Конституції України.

Визначено дискусійні питання теоретичного та практичного характеру щодо того, яке саме рішення по справі слід вважати остаточним рішенням суду, якого має стосуватися конституційна скарга, щодо доцільності визначення конституційної скарги не через термін «клопотання», а через вимогу.

Ключові слова: верховенство права, конституційна скарга, права людини, Конституційний Суд України, неконституційність.

Резюме

Турченко О.Г. Конституционная жалоба в контексте принципа верховенства права.

В статье исследуются проблематика реализации конституционной жалобы, сущность, специфика, признаки конституционной жалобы в контексте принципа верховенства права, в частности, как индивидуального инструмента защиты прав человека, который предусматривает возможность прямого обращения лица в орган конституционной юрисдикции и как прямого средства обеспечения не только конкретного права субъекта, но и верховенства Конституции Украины.

Выделены дискуссионные вопросы теоретического и практического характера относительно того, какое именно решение по делу следует считать окончательным решением суда, которого должна касаться конституционная жалоба, о целесообразности определения конституционной жалобы не через термин «ходатайство», а как требование.

Ключевые слова: верховенство права, конституционная жалоба, права человека, Конституционный Суд Украины, неконституционность.

Summary

Olha Turchenko. Constitutional complaint in the context of the principle of the rule of law.

As a direct manifestation of the implementation of the rule of law, it is necessary to consider the direction of the activities of the authorities and their officials to ensure fundamental, inalienable human rights.

Although part 1 of Article 55 of the Law “On the Constitutional Court of Ukraine” does not directly stipulate the protection of fundamental constitutional human rights and freedoms, its legal nature as an individual instrument predetermines its inextricable link with the need to protect (restore) the rights of a specific identified person or group of persons. Even if, as a result of consideration of the complaint, a systemic problem of the constitutional legal order is highlighted, the protection of which, first of all, the activities of the Constitutional Court of Ukraine are directed, this does not change the nature of the constitutional complaint as an individual instrument for protecting rights.

The legal specificity of a constitutional complaint is that it concerns a specific violated constitutional right belong to a specific subject, while it also acts as a means of ensuring the supremacy of the Constitution of Ukraine.

The article examines the problems of the implementation of a constitutional complaint, the essence, specifics, signs of a constitutional complaint in the context of the principle of the rule of law, identifies controversial issues of a theoretical and practical nature on the implementation of the right to a constitutional complaint.

In particular, the Law defines a constitutional complaint through the procedural concept of “petition”, which seems to be terminologically incorrect, since the concept of a complaint and a petition in the aspect of a person’s appeals exist separately from each other

and have some differences. Since the Constitutional Court is legally obliged to verify the compliance of normative legal acts with the Constitution of Ukraine, it is advisable to define a constitutional complaint through a requirement, focusing on the requirement for the relevant entity to perform certain actions or refrain from them.

Certain obscurity arises as to what kind of decision in the case should be considered the final decision of the court, which should concern the constitutional complaint, it is seen that this can only be a decision of the court of last instance, that is, one whose appeal has already been fully implemented.

In general, the introduction of the institution of constitutional complaint contributes to the rooting of the main idea of constitutionalism – the introduction of the principle of the rule of law, limitation of state power, the desire to protect human rights.

Key words: rule of law, constitutional complaint, human rights, Constitutional Court of Ukraine, unconstitutionality.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.21

УДК 352.071

Р.Ф. ЧЕРНИШ, М.П. ТІТОВЕЦЬ

*Роман Федорович Черниш, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Поліського національного університету**

ORCID: 0000-0003-4176-7569

*Марія Петрівна Тітовець, студентка VI курсу Поліського національного університету***

ORCID: 0000-0003-4176-7569

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПРАВОВІ, ОРГАНІЗАЦІЙНІ ТА ІНФОРМАЦІЙНІ АСПЕКТИ УТВОРЕННЯ І ФУНКЦІОНУВАННЯ ОБ'ЄДНАНИХ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

Постановка проблеми. Аналіз наявної прикладної інформації щодо реалізації реформи адміністративно-територіального устрою України (децентралізації) свідчить про наявність окремих проблемних питань (правових, організаційних та інформаційних), зв'язаних із спроможністю громад реалізовувати власні та делеговані повноваження. Останні потребують вирішення як на законодавчому рівні, так і за рахунок налагодження дієвого діалогу між органами місцевого самоврядування та виконавчої влади. Основною метою вказаного процесу є створення ефективної системи виконання функцій та повноважень для всіх суб'єктів, а також забезпечення потреб громадян, які проживають у новостворених територіальних громадах (далі – ОТГ).

Європейський досвід демонструє, що успішні практики реформування місцевого самоврядування, які мають забезпечити сталий регіональний розвиток, полягають у забезпеченні реалізації принципу субсидіарності та посиленні спроможності органів місцевого самоврядування всіх рівнів реалізовувати власні і делеговані повноваження.

Зважаючи на те, що адміністративно-територіальна реформа перебуває в завершальній фазі – приєднання, перед практиками та представниками наукової спільноти постають актуальні завдання з розробки нових та вдосконалення чинних механізмів її реалізації.

Наразі реформування системи місцевого самоврядування здійснюється в межах існуючого правового поля без внесення відповідних змін до Конституції України. При цьому, як слушно зазначає М.Є. Гайдар, наявна нормативно-правова база не завжди носить послідовний характер щодо регулювання ОТГ, а навпаки – спрямована на врегулювання окремих аспектів конституційно-правового статусу ОТГ¹. Вказане не дає змоги повною мірою сформулювати зазначені органи відповідно до критеріїв, визначених у Європейській хартії місцевого самоврядування (ратифікована Україною у 1997 р.) з подальшим делегуванням відповідних повноважень, матеріальними і фінансовими ресурсами, інфраструктурою тощо, які є необхідними для ефективного виконання покладених на зазначені органи завдань та функцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналізу теоретичних засад тих чи інших інститутів муніципального права було присвячено роботи багатьох науковців, зокрема О.М. Бандурки, М.Є. Гайдар, Н.В. Даций, В.В. Копейчикова, В.В. Кравченка, Н.М. Оніщенко, Р.І. Панчишина, М.С. Пашкевич, В.В. Пітцика, О.В. Петришина, М.В. Погорілка, М.О. Пухинського, П.М. Рабіновича, О.Ю. Синявської, О.Ф. Скакун, Є.І. Ходаківського, Р.Ф. Черниша, В.П. Якобчук, О.Н. Ярмиша та інших.

Формулювання мети статті. Зважаючи на вищевикладене, мета дослідження полягає у розробці окремих організаційно-правових практичних пропозицій для заінтересованих суб'єктів (передусім – Кабінету Міністрів України та обласних державних адміністрацій) стосовно оптимізації процедури подальшого реформування органів місцевого самоврядування та територіальної організації влади в цілому.

© Р.Ф. Черниш, М.П. Тітовець, 2020

* *Roman Chernysh, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Polissia National University*

** *Mariia Titovets, student of II year of the Master's degree of Polissia National University*

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» об'єднана територіальна громада отримує прямі міжбюджетні відносини у випадку визнання її спроможною (насамперед фінансово)². За цих умов ОТГ створюють свої виконавчі структури для здійснення повноважень, визначених Законом. У переважній більшості це повноваження, що здійснюються відповідно районними держадміністрацією та радою.

У виконавчому органі районної ради та районній державній адміністрації зберігаються структури, які забезпечують реалізацію визначених законом повноважень і для таких територіальних громад. При цьому навантаження на працівників таких структур є дуже низьким і щорічно з урахуванням процесу децентралізації зменшується.

Досить актуальним вищевказане питання постає у випадках входження всіх територіальних громад (100 %) у межах одного району до складу ОТГ. У даному випадку спостерігається дублювання визначених законодавством повноважень, покладених на органи виконавчої влади (РДА), районні ради та ОТГ, нерациональне використання як кадрових, так і фінансових ресурсів, що спрямовуються на їх виконання, а, в окремих випадках, і затягування процесу їх передачі новоствореними органами місцевого самоврядування.

Разом із тим питання спроможності проектних ОТГ та їх відповідності положенням Методики формування спроможних ОТГ враховується на перспективу передбаченням на законодавчому рівні механізму оптимізації існуючих ОТГ шляхом об'єднання (укрупнення) існуючих ОТГ навколо основних центрів (міст та селищ). На думку окремих експертів, урахування зазначеного питання на початковому етапі проведення реформи адміністративно-територіального устрою України практично призвело б до блокування створення близько 35 % ОТГ (насамперед малочисельних) та негативно позначилося на реалізації самої реформи децентралізації³.

Більшість новоутворених малочисельних об'єднаних територіальних громад (об'єднання декількох сільських рад) вже перебудували свою роботу, а також зіткнулись з необхідністю вирішення ряду проблемних питань, які раніше не були їм характерні та вирішувалися на районному рівні (РДА та районних рад), насамперед вказане стосується медичної та освітньої галузі (співфінансування лікарняних закладів, утримання та оптимізація дошкільних та шкільних закладів тощо). Наявність перепон (правових, організаційних тощо) в процесі становлення ОТГ зумовлена й тим, що до цього часу в Україні не прийнята ідеологія публічної адміністрації як єдиної системи органів (державних і самоврядних), покликаних обслуговувати людину, громадянина, населення, надавати цим суб'єктам, а не об'єктам політичного, соціального, економічного процесу якісні публічні послуги⁴.

Проведений аналіз свідчить про те, що майже всіма ОТГ, передусім з метою висвітлення своєї діяльності та дотримання державного курсу з діджиталізації, було створено офіційні сторінки в мережі Інтернет.

Поряд із тим, зважаючи на наявність низки об'єктивних та суб'єктивних чинників, в ході функціонування та адміністрування офіційних електронних ресурсів органів місцевого самоврядування фіксуються передумови до порушення окремих норм національного законодавства в інформаційній сфері, втручання в процес забезпечення їх належного функціонування, можливого поширення фейкової чи тенденційної інформації тощо⁵.

Також наявна інформація щодо реалізації реформ адміністративно-територіального устрою України (децентралізації) та освітньої галузі свідчить про виникнення гострих проблемних питань, зв'язаних із неспроможністю більшості ОТГ (насамперед на базовому/районному рівні) забезпечити ефективне функціонування дошкільних та загальноосвітніх навчальних закладів. Зазначене зумовлює необхідність їх закриття або пониження рівня акредитації, звільнення викладацького складу і обслуговуючого персоналу, та, як наслідок, виникнення невдоволення місцевого населення діями Уряду України та створення осередків соціальної напруги.

Відповідно до офіційної інформації, понад 50 % шкіл великих міст в Україні переповнені (в навчальних класах навчається понад 27 дітей, уроки проводяться у 2–3 зміни). Натомість у малих містах та селах ситуація повністю протилежна – у сільській місцевості понад 30 % шкіл малокомплектні (навчається значно менше учнів, ніж передбачено проектною документацією закладу). За даними Міністерства фінансів України за 2017–2018 рр., у кожній четвертій школі навчається в середньому 10 учнів на клас⁶.

На нашу думку, однією з основних причин виникнення зазначеної ситуації, яку практично не було враховано при розробці реформ освіти та децентралізації, залишається відтік молоді до великих міст у пошуках заробітку і кращих перспектив, тобто так званого «вимирання сільського населення».

Протягом останніх 20 років кількість сільського населення стрімко зменшилося (в окремих населених пунктах – у разі), що насамперед зумовлено відсутністю робочих місць, внаслідок чого молодь віком до 35 років змушена переїжджати до районних та обласних центрів у пошуках роботи, а також демографічною кризою. Також на цей процес вплинуло відкриття Україною в 2018 р. безвізового режиму (більшість молоді із сільської місцевості скористалося виїздом на заробітки за кордон з метою отримання стартового капіталу для купівлі житла в місті). З огляду на викладене, середній вік у більшості населених пунктів в сільській місцевості становить від 55 до 65 років, що практично означає відсутність працездатного населення. При збереженні такої тенденції у подальшому (через 10–20 років) вважатиметься, що вказане може призвести до «вимирання» населення та повного занепаду населених пунктів, розташованих в сільській місцевості.

У цьому контексті, з метою виправлення ситуації, існує необхідність налагодження реальної державної підтримки малого та середнього бізнесу в сільській місцевості (кредитування за зниженими або пільговими

ставками, звільнення на певний період від податків тощо), а також переорієнтування діяльності органів влади на збереження села та його відродження.

З огляду на утворення ОТГ та прийняття ними на баланс всіх навчальних і дошкільних закладів, перед місцевою владою одразу гостро постали питання утримання школи або дитячого садочка (опалення, електроенергію та зарплати технічного персоналу громада оплачує з власного бюджету) або проведення оптимізації шкільної мережі шляхом переведення дітей до більших шкіл (створення так званих опорних шкіл) та забезпечення там кращих умов для навчання завдяки вивільненим коштам. Останній варіант (оптимізація) передбачає освітня реформа та заохочується Урядом, проте місцеві громади, внаслідок відсутності просвітницької та роз'яснювальної роботи як державних органів, так і представників державних адміністрацій, практично завжди виступають проти.

Аналіз фінансової складової функціонування навчальних закладів, насамперед бюджетних витрат, свідчить, що різниця між річною вартістю навчання дитини у середньому та в мало заповненому класі сягає кілька десятків тисяч грн, що зумовлено насамперед витратами на утримання закладу, тобто чим менше учнів, тим більша частка цих витрат припадає на кожного із них⁷.

На даний час по всій території України виникла ситуація, коли фактично громади, насамперед в сільській місцевості, опалюють напівпорожні класи, незважаючи на їх незначну наповнюваність – іноді менше 30 %. За даними Міністерства фінансів України, у малокомплектних класах витрати на одного учня становлять близько 40 тис. грн, загальносередній показник по Україні становить 14 тис. грн⁸. При цьому проведений нами аналіз свідчить, що найбільш гостро ця проблема постає в більшості ОТГ, де видатки на освітню сферу становлять від 40 до 60 % загального бюджету громади.

З огляду на викладене можливо зробити висновок про те, що проблемні питання проведення адміністративно-територіальної та освітньої реформи в Україні є найбільш характерними для малочисельних фінансово неспроможних територіальних громад.

Поряд із проблемами фінансової спроможності ОТГ утримувати навчальні заклади також актуальним є питання якості освіти, яку отримують учні вказаних шкіл. Напівпорожні школи у селах і малих містах суттєво «програють» у навчальному процесі: як правило, у них немає новітнього обладнання, бракує професійних вмотивованих учителів, переважно один вчитель викладає одразу декілька предметів тощо.

Результати зовнішнього незалежного оцінювання демонструють, що діти у сільській місцевості менш конкурентоспроможні, ніж у містах, а з урахуванням оптимізації вищих навчальних закладів їх шанси отримати вищу освіту стають ще меншими⁹.

Також на якість освіти негативно впливає велика кількість шкільних приміщень, які знаходяться у вкрай незадовільному стані, що в свою чергу відображається на здоров'ї учнів та змушує їх пропускати навчальний процес. Так, у 47 % сільських шкіл України температура взимку не перевищує 16 градусів, у 10 % шкіл немає туалетів у будівлях, 40 % приміщень у школах у незадовільному стані, приблизно 90 % шкіл не пристосовані для дітей з інвалідністю¹⁰.

З урахування зазначених проблемних питань та проведення адміністративно-територіальної реформи, для покращення якості освітнього процесу виникла ідея створення опорних шкіл та надано можливість територіальним громадам оптимізувати свою шкільну мережу шляхом зосередження ресурсів в одному великому навчальному закладі замість декількох, створення максимально комфортних та ефективних умов для навчання.

Водночас більшість мешканців сільської місцевості та керівництво малочисельних неспроможних ОТГ, внаслідок не усвідомлення мети освітньої реформи та відсутності роз'яснювальної роботи, негативно сприймають питання оптимізації шкільної мережі. Аналіз досвіду реалізації освітньої реформи на території України свідчить, що оптимізація спричиняє виникнення конфліктів, судових позовів і масових протестних акцій, які в подальшому набувають широкого розголосу та провокують аналогічні прецеденти в інших місцях.

Зокрема, метою оптимізації є не закриття шкіл, а покращення якості навчання та вирівнювання диспропорції між якістю освіти в сільській та міській місцевості.

Проте місцеві громади часто категорично проти того, щоб найближчу до них школу закрили, аргументуючи це тим, що школа є одним із центрів соціального життя та, у разі її закриття, вчителі й технічні працівники втратять роботу, а діти, витрачаючи більше часу на дорогу, почнуть гірше вчитися. Взнявши на озброєння гасло «немає школи – немає села» більшість людей сприймають оптимізацію як сигнал погіршення життя в селі, зазначаючи, що коли вони погоджувалися на об'єднання у громаду, то не погоджувалися на оптимізацію шкіл.

Таким чином, супротив населення закриттю малокомплектних шкіл створює на місцях не лише негативне сприйняття реформ освіти та децентралізації, а й сприяє виникненню додаткових осередків соціальної напруги, які, у свою чергу, можуть бути використані окремими громадсько-політичними структурами для дестабілізації суспільно-політичної обстановки в регіоні.

У цьому контексті слід зазначити, що держава чи представники ОТГ не мають права змусити громаду закривати школи, проте вони повинні спрямовувати свої зусилля на створення умов, за яких самі діти і батьки обиратимуть більшу школу, навіть за наявності окремих незручностей.

На нашу думку, з урахуванням викладеного, посадовим особам органів місцевої влади та самоврядування (районні державні адміністрації, ОТГ, ради базового рівня) вже сьогодні необхідно продумати, як територіальні громади зможуть розвиватися і «заробляти», внаслідок чого в місцевих мешканців з'являться

економічні стимули залишатися у «рідних» містечках і селах. За свідченням Р.І. Панчишина, проведення децентралізації матиме сенс лише в тому разі, коли у керівництва ОТГ буде «...дійсна воля вирішувати найбільш важливі питання розвитку території і регіонів...»¹¹.

Крім того, керівництву ОТГ та представникам держави на місцях необхідно усвідомити, що село мають врятувати не школи, а зайнятість населення за рахунок створення достатньої кількості робочих місць. Тому головам ОТГ необхідно замість обіцянок «не закривати школи» надати мешканцям перспективний план розвитку села, перш за все за рахунок підвищення зайнятості населення, і тоді, за рахунок розвитку села, питання закриття школи відпаде само по собі. Одним із напрямів вирішення зазначених проблемних питань є й подальше працевлаштування вчителів, які після закриття школи можуть бути звільнені шляхом їх перекваліфікації.

Також, на нашу думку, яку ми озвучували в попередніх дослідженнях з окресленої проблематики, внаслідок відсутності досвіду та браку кваліфікованих кадрів в ОТГ, відмічається колосальний брак діалогу і комунікації між керівництвом ОТГ та місцевим населенням. У цьому контексті ОТГ необхідно або запрошувати професійних медіаторів, або навчати посадових осіб місцевого самоврядування, представників громадянського суспільства налагоджувати дискусію, в тому числі й шляхом проведення правороз'яснювальної роботи¹² методичного та рекомендаційного характеру¹³.

Ймовірно, наочна демонстрація історій успіху інших громад, в яких діти і вчителі почали їздити до нової більшої школи і задоволені змінами, донесення того, що так учні отримують значно кращі знання, є одним із кращих варіантів переконання. Голови ОТГ повинні враховувати, що людям, які проживають у маленьких селах, не важливо, скільки коштує для держави чи громади навчання їх дітей, їм важливо, щоб вони отримували якісні знання. У зв'язку з цим необхідна роз'яснювальна робота на конкретних прикладах, що навчання у хорошій великій школі зумовлює кращу якість освітніх послуг, а дитина матиме кращі перспективи на подальше навчання та працевлаштування.

Одним із компромісів вирішення питання не закриття шкіл, який, як правило, в поодиноких випадках розглядають голови ОТГ, є зменшення акредитації освітніх закладів (до I–II ступенів), що також передбачено освітньою реформою та оптимізацією шкільної мережі. У цьому контексті ОТГ необхідно орієнтуватись насамперед на якість освіти в старших класах, та виходити з того, що її неможливо забезпечити на належному рівні в класі, де менше 10 учнів. Органи місцевого самоврядування мають забезпечити функціонування початкової школи (1–3 класи, I ступінь), у тому числі через функціонування класів-комплектів, якщо там є така можливість. Водночас, за результатами аналізу ситуації в середній школі (4–9 класи, II ступінь), насамперед з урахуванням наповнюваності класів (розрахункова модель 15–20 учнів) і залежно від демографічної ситуації в громаді, головам ОТГ необхідно налагоджувати діалог із батьками та вирішувати питання її подальшої долі вже сьогодні.

Висновки. З огляду на викладене, з метою забезпечення ефективної реалізації реформи децентралізації, подальшого аналітично-фінансового обґрунтування моделей територіальної організації влади з урахуванням запропонованих проєктних моделей адміністративно-територіального устрою базового (громади) та субрегіонального (укрупнені райони) необхідно

на рівні Кабінету Міністрів України:

– у взаємодії з ОДА із використанням спеціалізованих експертних установ та організацій (незалежно від форм власності) провести повну інвентаризацію майна, природних ресурсів та доходів утворених ОТГ;

– доручити робочим групам при облдержадміністраціях спільно із представниками ЦОВВ (Національної поліції, Державної фіскальної служби, Пенсійного фонду України, Фонду соціального страхування України, Державної міграційної служби України, Державної служби з надзвичайних ситуацій, Державної служби зайнятості, Державної виконавчої служби, Державної казначейської служби України, Державної служби статистики, Державної служби геодезії, картографії та кадастру, Державного агентства водних ресурсів та інших) та представниками органів місцевого самоврядування, із залученням експертного середовища, опрацювати пропозиції щодо можливості та необхідності оптимізації районних представництв, з урахуванням насамперед доступності для всього населення області, у т. ч. щодо можливості відкриття незначних за штатною чисельністю секторів по роботі зі зверненнями громадян. За результатами опрацювання та узагальнення отриманої інформації ОДА надати Міністерству розвитку громад та територій України обґрунтовані пропозиції щодо оптимізації суб'єктів ЦОВВ;

– забезпечити розробку регіональних програм підтримки сільського населення, спрямованих на стимулювання малого та середнього бізнесу в сільській місцевості з урахуванням економічних особливостей регіону, насамперед шляхом надання довгострокових кредитів на пільгових умовах, у т.ч. під гарантії держави або ОТГ, та звільнення або часткового звільнення від податків, що дасть змогу створити нові робочі місця та підвищити зайнятість населення, зменшити відтік молоді;

– із залученням експертних установ та організацій (незалежно від форм власності) за участі представників освітньої галузі та ОТГ, насамперед тих, що мають позитивний досвід реалізації проєкту «Нова українська школа», розробити методичні рекомендації та типові проєкти оптимізації шкільної мережі. Зазначені методичні рекомендації та типові проєкти за участю розробників презентувати на обласному рівні керівникам територіальних громад, зосередивши основну увагу на шляхах вирішення характерних проблемних питань;

– із залученням регіональних ЗМІ та Інтернет-ресурсів, на основі позитивного досвіду реалізації проєкту «Нова українська школа», забезпечити проведення правороз'яснювальної роботи методичного та реко-

ментаційного характеру із мешканцями ОТГ щодо необхідності та доцільності реалізації освітньої реформи в Україні тощо;

на рівні ОДА:

– робочим групам при облдержадміністраціях спільно із представниками органів місцевого самоврядування, із залученням експертного середовища, на підставі проведеного аналізу фінансового та майнового стану територіальних громад, розробити обґрунтовані пропозиції до плану об'єднань територіальних громад базового та субрегіонального рівня (створити так звану «дорожню карту»), що дасть змогу рівномірно розподілити ресурсну базу та бюджети, які подати на затвердження до Міністерства розвитку громад та територій України;

– із залученням регіональних ЗМІ та Інтернет-ресурсів, на основі позитивного досвіду реалізації реформи децентралізації, забезпечити проведення правороз'яснювальної роботи методичного та рекомендаційного характеру із мешканцями ОТГ щодо порядку об'єднань громад згідно з розробленим Кабінетом Міністрів України Перспективним планом тощо.

¹ Гайдар М.Є. До питання конституційно-правового врегулювання статусу об'єднаних територіальних громад в Україні. *Актуальні проблеми держави і права*. 2019. № 83. С. 21–27.

² Про добровільне об'єднання територіальних громад: Закон України. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 13. С. 91. Ст. 10.

³ Публічне управління та адміністрування : навч. посіб. / Скидан О.В., Якобчук В.П., Дацій Н.В., Ходаківський Є.І. та ін. ; за заг. ред. О.В. Скидана. Житомир : ЖНАЕУ. 2017. 705 с.

⁴ Пухтинський М. Проблеми трансформації територіальної організації влади та місцевого самоврядування в контексті розвитку конституційного процесу в Україні. *Право України*. 2012. № 8. С. 68–77.

⁵ Черниш Р.Ф. Правові засади протидії протиправному втручання в роботу офіційних інтернет-сторінок об'єднаних територіальних громад. *Літописець*. Вип. 15: зб. наук. праць VII Всеукраїнської науково-практичної конференції «Права людини: історичний вимір і сучасні тенденції (до річниці прийняття Загальної декларації прав людини)» (м. Житомир, 5 грудня 2019 р.). Житомир: ЖДУ ім. Івана Франка, 2020. С. 239–241.

⁶ Лев Парцхаладзе. Приблизно в 50 % міських шкіл діти навчаються у переповнених класах у дві зміни через диспропорцію будівництва житла і соцінфраструктури. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/priblizno-v-50-miskih-shkil-diti-navchayut-sya-u-perepovnenih-klasah-u-dvi-zmini-cherez-dispororciyu-budivnictva-zhitla-i-socinfrastrukturi-lev-parchaladze>

⁷ Пашкевич М.С. Аналіз ефективності закладів загальної середньої освіти у регіонах України як складової ефективних освітніх округів. *Сталий розвиток економіки*. 2015. № 2. С. 13–21.

⁸ Там само.

⁹ Результати ЗНО-2020. Новації ЗНО-2021. URL: <https://testportal.gov.ua/rezultaty-zno-2020-novatsiyi-zno-2021/>

¹⁰ Закрити не можна залишити: як бути із напівпорожніми школами? URL: <https://medium.com/@reforms>

¹¹ Панчишин Р.І. Основні переваги об'єднаної територіальної громади як форми організації місцевого самоврядування в Україні. *National law journal: theory and practice*. 2018. С. 25–28.

¹² Панчишин Р.І. Об'єднана територіальна громада як суб'єкт муніципально-правових відносин. *Системно-онтологічний аналіз: монографія / за ред. Марцеляка О.В. Київ: Основа. 2020. 400 с.*

¹³ Черниш Р.Ф. Реформування адміністративно-територіального устрою держави, як передумова до ускладнення суспільно-політичної ситуації. *Роль інтеграційних процесів у формуванні національних правових систем: матеріали I Міжнародної наук.-практ. інтернет-конференції (10–11 квітня 2020 р.)*. Херсон: Херсонський державний університет, 2020. Т. I. С. 89–92.

Резюме

Черниш Р.Ф., Титовець М.П. Окремі проблемні правові, організаційні та інформаційні аспекти утворення і функціонування об'єднаних територіальних громад.

Аналіз прикладної інформації щодо реалізації реформи адміністративно-територіального устрою України (децентралізації) свідчить про наявність окремих проблемних питань (правових та організаційних), зв'язаних зі спроможністю громад реалізовувати власні та делеговані повноваження. Останні потребують вирішення як на законодавчому рівні, так і за рахунок налагодження дієвого діалогу між органами місцевого самоврядування та виконавчої влади.

Зважаючи на викладене, вважається за необхідне розробити окремі організаційно-правові практичні пропозиції для заінтересованих суб'єктів стосовно оптимізації процедури подальшого реформування органів місцевого самоврядування та територіальної організації влади в цілому.

Ключові слова: державне управління, місцеве самоврядування, територіальні громади, ОТГ, адміністративно-територіальний поділ, законодавство.

Резюме

Черныш Р.Ф., Титовец М.П. Отдельные проблемные правовые, организационные и информационные аспекты создания и функционирования объединенных территориальных общин.

Анализ прикладной информации по реализации реформы административно-территориального устройства Украины (децентрализации) свидетельствует о наличии отдельных проблемных вопросов (правовых и организационных), связанных с возможностью общин реализовывать собственные и делегированные полномочия. Последние требуют решения как на законодательном уровне, так и за счет налаживания действенного диалога между органами местного самоуправления и исполнительной власти.

Исходя из вышеизложенного, представляется необходимым разработать отдельные организационно-правовые практические предложения для заинтересованных субъектов по оптимизации процедуры дальнейшего реформирования органов местного самоуправления и территориальной организации власти в целом.

Ключевые слова: государственное управление, местное самоуправление, территориальные общины, ОТГ, административно-территориальное деление, законодательство.

Summary

Roman Chernysh, Mariia Titovets. Some problematic legal, organizational and informational aspects of the formation and functioning of united territorial communities.

Analysis of the available applied information on the implementation of the reform of the administrative-territorial structure of Ukraine (decentralization) indicates the presence of certain problematic issues (legal and organizational) related to the ability of communities to exercise their own and delegated powers. The latter need to be addressed both at the legislative level and through the establishment of an effective dialogue between local governments and the executive. The main purpose of this process is to create an effective system of functions and powers for all actors, as well as to meet the needs of citizens living in the newly created territorial communities.

OTGs create their own executive structures to exercise their statutory powers. The vast majority of these powers are exercised by the district state administration and the council, respectively.

The executive body of the district council and the district state administration retains structures that ensure the implementation of the powers defined by law for such territorial communities. At the same time, the burden on employees of such structures is very low and decreases annually due to the decentralization process.

The above issue is quite relevant in cases where all territorial communities (100 %) within one district are part of the OTG. In this case, there is duplication of statutory powers vested in the executive authorities (RSA), district councils and OTGs, and in some cases, delays in the process of their transfer to the newly created local governments.

Most of the newly formed united territorial communities have already restructured their work, and also faced the need to address a number of issues that were not previously characteristic of them and were addressed at the district level (RSA and district councils), primarily in the medical and educational fields, institutions, maintenance and optimization of preschool and school institutions, etc.).

In view of the above, it is considered necessary to develop separate organizational and legal practical proposals for stakeholders (primarily the Cabinet of Ministers of Ukraine and regional state administrations) to optimize the procedure for further reform of local governments and territorial organization in general.

Key words: public administration, local self-government, territorial communities, OTG, administrative-territorial division, legislation.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.22

УДК 342.25 + 342.7

В.О. БОЯРСЬКИЙ

*Володимир Олександрович Боярський, здобувач
Інституту законодавства Верховної Ради України*
ORCID: 0000-0002-1291-0760*

МІЖНАРОДНИЙ КОМПОНЕНТ У ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Становлення, розвиток і вдосконалення інституту місцевого самоврядування (далі – МСВ) у межах національної держави, який одночасно виступає: а) формою самоорганізації населення відповідних територій держави – територіальних громад (далі – ТГ); б) відповідним рівнем публічної влади – публічної самоврядної (муніципальної) влади¹; в) конституційно-правовим інститутом (див. ст. 7, розд. XI Конституції України²; г) основоположним інститутом нової галузі національного права і національного законодавства – муніципального права³; р) конституюючим феноменом нового соціально-політичного явища – муніципалізму⁴; д) основоположним суб'єктом-об'єктом національного конституційно-правового реформування і трансформації – муніципальної реформи⁵, – суттєво підсилюється її міжнародно-правовим компонентом, який в умовах глобалізації, особливо її нової форми – правової глобалізації, набуває сили і характеру глобальної тенденції, бо саме МСВ стає новим об'єктом міжнародної нормотворчості, міжнародно-правового регулювання на рівні міжнародного договірної права⁶.

Міжнародно-правовий компонент МСВ базується на багатосторонньому та багаторівневому співробітництві держав-членів міжнародного співтовариства. Окрім того, він набуває феноменологічної властивості, бо, по-перше, спирається на можливості феномена глобалізації, що виявляється в ньому в усіх її трьох визначених на сьогодні формах – економічній, політичній і правовій; по-друге, використовує могутній просторово-об'єднуючий потенціал правової глобалізації, як могутньої системної і комплексної мегатенденції, що охоплює не тільки народи та держави, а й об'єднує їх навколо загальних стратегічних, тактичних, і що є особливо важливим – екзистенційно-повсякденних закономірностей організації та реалізації міжнародного,

© В.О. Боярський, 2020

* *Volodymyr Boyarsky, Postgraduate student of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine*

державного, регіонального, локального (колективного), групового та індивідуального життя, – через їх координацію, інтеграцію та уніфікацію, конвергенцію (зближення правових систем держав), їх адаптацію, апроксимацію тощо; по-третє, детермінує та контекстуалізує нові форми міждержавного та міжнародного співробітництва, що скероване на:

- а) більш глибоку взаємодію його суб'єктів;
- б) є могутнім фактором перманентного у часі; і
- в) поліваріантного у формах;
- г) полірівневого та поліоб'єктного розвитку, що
- г) супроводжується новими та до цього часу невідомими феноменами і тенденціями, тобто,
- д) можна казати про якісно-парадигмальні та дискурсивні цивілізаційні зміни, що супроводжуються та виявляються виникненням відповідних патернів глибокої взаємодії і суттєво впливають на шляхи існування та подальшого розвитку народів і держав.

Однією з таких тенденцій, що не тільки детермінує розвиток та взаємний зв'язок між усіма формами глобалізації, а й досить чітко і однозначно демонструє міжнародний компонент в діяльності органів місцевого самоврядування (далі – ОМСВ) України виступає тенденція інтернаціоналізації конституційного правопорядку держав та конституціоналізації міжнародного публічного права, яка, на слушну думку М.О. Баймуратова, означає не тільки виникнення контактів між двома незалежними правовими системами – міжнародною та національною, а й їх взаємний зв'язок, що супроводжується взаємним впливом однієї системи на іншу та глибоким проникненням нормативно-принципових настанов однієї системи в іншу⁷. Тобто, на думку наведеного представника доктрини, ми стикаємось із феноменологією взаємодії та взаємовпливу міжнародної та національної правових систем, результатом чого виступає:

- а) їх зближення (конвергенція права);
- б) взаємне запозичення принципів та нормативного масиву (рецепція права через механізм вироблення міжнародних договорів і механізм національної імплементації), а також
- в) поява впливу міжнародного нормативного масиву на національну правову систему (пріоритет норм міжнародного права перед нормами національного законодавства);
- г) запозичення з національного рівня правового регулювання об'єктів такого регулювання міжнародним правом, що ще зовсім недавно були абсолютними в системі прерогатив національної держави (права людини, виборче право, місцеве самоврядування тощо, «нормативний ліфт» об'єктів національного правового регулювання на міжнародно-правовий рівень)⁸.

Отже, можна констатувати, що поява інституту МСВ в системі координат міжнародного правопорядку, починаючи від нормотворчості, договірної нормотворення і закінчуючи міжнародно-правовим регулюванням питань повсякденного існування та функціонування локальної демократії, демонструє наявність міжнародно-правового компонента цього важливого інституту демократичної правової державності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження доктринального забезпечення міжнародно-правового компонента в діяльності ОМСВ свідчить про те, що вони розпочалися, починаючи з 1990 р., коли у вітчизняній науці почалося формування сучасних поглядів на інститут МСВ та забезпечення пріоритету реальної і належної правосуб'єктності ТГ. Отже, профільна муніципально-правова проблематика знайшла своє відображення у наукових працях М.О. Баймуратова, О.В. Батанова, Ю.Ю. Бальція, В.І. Борденюка, І.П. Бутка, М.П. Воронова, В.П. Гробою, Р.К. Давидова, Н.К. Ісаєвої, В.М. Кампа, О.О. Карлова, А.А. Коваленка, М.І. Корнієнка, П.М. Любченка, М.П. Орзіх, О.К. Пастернак, Б.А. Пережняка, В.Ф. Погорілка, М.О. Пухтинського, Н.І. Рудої, О.Ф. Фрицького та інших вчених, наукові надбання яких становлять основу сучасної муніципально-правової доктрини держави.

У 1993 р. М.О. Баймуратовим була захищена перша на той час кандидатська дисертація на тему «Організаційно-правові форми забезпечення місцевими радами народних депутатів співробітництва споріднених міст»⁹, в якій уперше розглядалась міжнародно-правова проблематика діяльності органів МСВ України. У 1996 р. М.О. Баймуратовим була захищена перша на той час докторська дисертація з муніципального права на тему «Міжнародне співробітництво органів місцевого самоврядування України»¹⁰, в якій системно досліджувались питання становлення міжнародної правосуб'єктності органів МСВ нашої держави та процеси становлення інституту локальної демократії як об'єкта міжнародно-правового регулювання. Разом із тим слід зазначити, що в подальшому, протягом більш ніж десяти років, в Україні не була захищена жодна докторська дисертація з муніципально-правової проблематики, що свідчить не тільки і не стільки про її відповідну доктринальну складність, а й про:

- а) невизначеність державної правової політики щодо існування та функціонування інституту МСВ і територіальної спільноти (громади) як його первинного суб'єкта (і це не зважаючи на конституційно-правове закріплення такого статусу в ст. 140 Конституції України);
- б) амбівалентний підхід держави до вибору пріоритетів доктринального супроводження і забезпечення розвитку МСВ, що негайно знайшло своє відбиття у явищі стохастичності нормопроектної та нормотворчої (законотворчої) діяльності органів публічної влади;
- в) відсутність чіткості в розумінні та виконанні державою, її органами публічної влади, особливо законодавчою і виконавчою, міжнародно-правових зобов'язань держави, що витікають з підписаних нею міжнародних міждержавних багатосторонніх договорів щодо становлення й розвитку в державі системи МСВ європейського зразка;

г) відсутність чіткої, однозначної та реалістичної державної муніципальної політики;

г) а головне – відсутність чітко вираженого і законодавчо підкріпленого вибору моделі національної системи МСВ.

Необхідно наголосити на тому, що наведені фактори й до сьогодні залишаються не тільки актуальними, а й такими, що не є контекстуалізованими у відносинах держави до локальної демократії, а звідси, – такими, що потребують свого належного теоретико-правового обґрунтування, нормативно-правового супроводження і забезпечення і праксеологічного вирішення.

Разом із тим варто зазначити, що останнім часом в Україні захищено низку дисертаційних досліджень, в яких здійснено науковий аналіз окремих міжнародних (зовнішніх) аспектів існування і функціонування системи МСВ. Однак ці роботи не містять комплексного наукового аналізу статусу ТГ як первинних суб'єктів МСВ, самого інституту МСВ в контексті дослідження сучасної дихотомії локального та глобального чинників, що виникає в процесі їх існування і функціонування.

Слід також наголосити, що проблематика МСВ та ТГ (колективу, спільноти тощо) була предметом дослідження провідних сучасних зарубіжних науковців Г. Бребана, Ж. Веделя, І. В.Видріна, Б. Гурне, Р. Драго, Ю.Д. Казанчева, М.О. Краснова, О.О. Кутафіна, Т. Маунца, О.М. Писарева, М.В. Постового, Г. Райта, В.І. Фадєєва, О.І. Черкасова, Р. Шу, К.С. Шугриної та інших вчених – однак і ними проблематика функціонування інститутів ТГ та МСВ в умовах взаємодії та антагонізму локального й глобального чинників або в умовах глобалізації не розглядалась.

Разом із тим в останні роки в дослідженнях М.О. Баймуратова розглядалися різні питання функціонування інститутів ТГ та МСВ саме в таких глобалізаційних аспектах, наприклад, у статтях «Місцеве самоврядування як загальний спадок людської цивілізації та феномен сучасного світового конституціоналізму» (2009)¹¹, «Місцеве самоврядування як фактор інтернаціоналізації національного та конституціоналізації міжнародного правопорядків» (2011)¹², «Місцеве самоврядування як суб'єкт парагеополітики»¹³ тощо. У спільній монографії з Є.О. Васильєвим «Територіальна громада та органи місцевого самоврядування України в локальній системі зовнішньоекономічної діяльності» (2017)¹⁴, що присвячена ролі ТГ та ОМСВ у становленні й розвитку системи зовнішньоекономічної діяльності на локальному рівні, М.О. Баймуратов досліджує феноменологію ТГ з метою визначення її зовнішньоекономічного потенціалу. У сумісній монографії з О.О. Кравцем «Роль юридичної служби органу місцевого самоврядування у формуванні та функціонуванні правового простору локальної демократії» (2018)¹⁵ він уперше дослідив теоретичні аспекти формування правового простору локальної демократії в Україні, причому в його національному та міжнародному розумінні та вимірах.

Першим науковим дослідженням, що виконано під науковим керівництвом М.О. Баймуратова та присвячено актуальним профільним питанням існування інституту МСВ в умовах глобалізації, стала дисертаційна робота В.С. Могілевського на тему «Роль місцевого самоврядування у становленні національного та глобального конституціоналізму: питання взаємодії та ефективності» (2019)¹⁶, у якій системно розглянуто та досліджено актуальні питання ролі і значення інституту локальної демократії в сучасних умовах державного та міжнародного життя в умовах реалізації настанів різних форм глобалізації.

Тому вважаємо, що такий підхід є, по-перше, продуктивним для визначення ролі МСВ як важливого фактору глобалізації; по-друге, доктринально детермінованим, бо саме ТГ як територіальна людська спільнота виступає іманентним та первинним суб'єктом глобалізації, більш того, вона розвивається як бенефіціар її здобутків і наслідків; по-третє, телеологічно скерованим, бо дає можливість визначити міжнародний компонент у діяльності ОМСВ України. Крім того, вважаємо за потрібне погодитись із позицією М.О. Баймуратова і М.М. Юрченка, що в умовах недостатньої доктринальної забезпеченості проблематики діяльності МСВ, в тому числі й в умовах глобалізації, і особливо в контекстуалізації його доктринального, а потім і нормативного супроводження, а потім і її найбільш високого рівня – забезпечення – саме такий підхід – через територіальну спільноту (громаду) з виходом на феноменологію МСВ, безумовно, є не тільки можливим, а й методологічно обґрунтованим і гносеологічно необхідним для теоретичного і праксеологічного застосування, причому як із доктринальної позиції, так і з позиції повсякденної соціально-правової практики¹⁷.

Отже, **метою цієї статті** є дослідження міжнародного компонента в діяльності ОМСВ України.

Виклад основних положень. Треба зазначити, що дослідження окремих аспектів міжнародного компонента в діяльності ОМСВ України не привело до його доктринального визначення або нормативно-правової регламентації. Це, на наш погляд, пояснюється, по-перше, відсутністю відповідної «критичної маси» доктринальних розробок, що може привести до «якісного» прориву та визначення змістовного наповнення терміносистеми «міжнародний компонент в діяльності», або, по-друге, досить широким тлумаченням цієї ознаки. Разом із тим можна однозначно стверджувати, що під профільним компонентом у його змістовному наповненні необхідно розуміти такі аспекти діяльності ОМСВ, що фактично не є зв'язаними у своєму виникненні з питаннями «внутрішньої», внутрішньодержавної діяльності цих органів публічної влади, хоча у широкому телеологічному розумінні саме «цей міжнародний компонент» скерований на полегшення і вдосконалення діяльності ОМСВ всередині національної держави за рахунок набуття іноземного досвіду, участі в міжнародній комерційній та зовнішньоекономічній діяльності, становлення локальної системи міжнародного співробітництва. Обґрунтовано вважаємо, що такий підхід має свою міжнародно-правову аргументацію, яка базується на ст. 10 Європейської хартії місцевого самоврядування 1985 р.¹⁸, що носить назву «Право органів місцевого самоврядування на свободу асоціації». Наведена стаття має системний характер, бо, по-

перше, передбачає можливість міжнародного співробітництва між ОМСВ конкретної держави та з ОМСВ іноземних держав (т. зв. «цільове міжмуніципальне співробітництво». – Авт.) для реалізації своїх статутних завдань, а саме: ОМСВ мають право, здійснюючи свої повноваження, співробітничати та в межах закону створювати консорціуми з іншими ОМСВ для виконання завдань, що становлять спільний інтерес (п. 1 ст. 10 Хартії). Тобто таке міжнародне співробітництво стає можливим лише за умов, якщо воно:

- а) торкається безпосередньо повноважень (компетенції) ОМСВ;
- б) якщо вступаючи до такого співробітництва ОМСВ реалізують свої повноваження;
- в) якщо можливість такого співробітництва передбачене законом;

Отже, при наявності таких умов ОМСВ мають право:

г) створювати консорціуми (об'єднання тощо) з іншими ОМСВ (національного або міжнародного рівнів);

г) здійснювати співробітництво, у тому числі й через створювані консорціуми, для виконання завдань, що становлять спільний інтерес (вважаємо, що інтерес ОМСВ повинен торкатися тільки питань локального характеру та бути врегульованими суто інтересами ТГ).

Крім того, відповідно до п. 2 ст. 10 Хартії, що на пряму регламентує право ОМСВ на членство в асоціацій, а також, природно, на створення асоціацій (союзи, спілки тощо) (т. зв. «право на асоціацію». – Авт.), встановлено, що такі інституції можуть бути створені:

а) на внутрішньодержавному рівні – через інститут членства в такій асоціації;

б) на міжнародному рівні – через набуття членства міжнародної асоціації ОМСВ – має бути, по-перше, визнане кожною державою; а, по-друге, скероване на захист і заохочення їхніх спільних інтересів.

Насамкінець, п. 3 ст. 10 Хартії регламентує право ОМСВ на участь у міжнародному міжмуніципальному співробітництві (т. зв. «право на міжнародне міжмуніципальне співробітництво». – Авт.), але за умови, які можуть бути передбачені законом, вони мають право співробітничати з ОМСВ інших держав.

Отже, підсумовуючи, можна стверджувати, що Європейська хартія місцевого самоврядування створює не тільки відповідний міжнародний компонент в діяльності ОМСВ конкретної держави – її підписанта і учасника, а, по-перше, скеровує такий компонент на вирішення внутрішніх питань функціонування і розвитку МСВ; по-друге, створює у ОМСВ відповідний обсяг міжнародної правосуб'єктності, що становить відповідний фрагмент їх загальної правосуб'єктності; по-третє, трансформує ОМСВ у актори міжнародної політики, надаючи їм статусу учасників міжнародно-правових відносин. Звідси, профільний компонент і містить в собі: а) телеологічну домінанту; б) право на участь у міжнародному співробітництві; в) право на відстоювання і захист інтересів ОМСВ на міжнародному рівні.

Треба зазначити, що телеологічна домінанта більш яскраво закріплена у інших міжнародних угодах, що регламентують та регулюють міжнародне співробітництво ОМСВ. Так, Преамбула Європейської рамкової конвенції про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями (м. Мадрид, 21 травня 1980 р.¹⁹) підкреслюючи актуальність та важливість співробітництва між прикордонними територіальними общинами або властями у досягненні інтеграційної мети Ради Європи, під егідою якої і була розроблена і прийнята ця конвенція, на пряму називає галузі, для яких таке співробітництво має важливе значення – регіональний, міський та сільський розвиток, охорона довкілля, поліпшення діяльності підприємств громадського користування і комунального обслуговування, а також взаємна допомога у надзвичайних ситуаціях. Тобто прямо в міжнародному договорі встановлюється міжнародний компонент співробітництва ОМСВ в межах якого буде йти становлення і розвиток міжнародного співробітництва.

У ст. 2 цієї Конвенції фактично закріплюється право на участь у міжнародному співробітництві, але у відповідній формі «транскордонного співробітництва», яке: а) означає будь-які спільні дії, спрямовані на посилення та поглиблення добросусідських відносин між територіальними общинами або властями, які знаходяться під юрисдикцією двох або декількох договірних сторін, та б) на укладання з цією метою будь-яких необхідних угод або досягнення домовленостей. Але тут міститься обмеження у встановленні такої форми співробітництва: а) воно здійснюється тільки в межах компетенції територіальних общин або властей, визначеної внутрішнім законодавством; б) межі та характер такої компетенції цією Конвенцією не змінюються.

Отже, можна стверджувати, що дослідження питань визначення міжнародного компоненту в діяльності ОМСВ є доволі складним і суперечливим процесом, який наглядно демонструє всю складність феноменології глобалізації, яка досить часто спростовує здавалось би усталені теоретичні положення державно-правової та політико-правової реальності. Отже, саме тут, на нашу думку, може допомогти визначення низки положень (факторів) методологічної властивості, що демонструють засади міжнародного та міжнародно-правового потенціалу, що є об'єктивно необхідним для формування профільного компоненту в діяльності ОМСВ. До таких положень (факторів) можна віднести такі:

– *історичний фактор* базується на визначенні історичного коріння інституту МСВ як соціально-правового феномена. Визначаючи таке коріння, М.О. Баймуратов зазначає, що в них, по-перше, приховується природа цього явища, бо воно з'явилося задовго до державності ще в первісному соціумі в рамках первісної общини, поява якої пов'язана з екзистенційними (життєвими) домінантами необхідності колективного існування і функціонування людей перед зовнішніми погрозами. По-друге, в своїй історичній ретроспективі МСВ формується в грецьких містах-полісах, де з'являються перші структуровані елементи і інститути публічної влади (міський парламент, чиновники, глава міста-держави, армія, громадяни тощо), які стають прообразом державних інституцій і, фактично, передвісником державності. По-третє, діяльність римських муні-

ципій підсилює колективістські публічні засади. По-четверте, вже в епоху феодалізму з'являється Магдебурзьке право як класичний прообраз парадигми сучасної локальної демократії. По-п'яте, український досвід самоврядування Запорізької Січі, а також земських та інших установ, в період знаходження України у складі Російської та інших імперій і держав, закріпив МСВ на рівні суспільної самосвідомості й ментальності народу України²⁰.

Отже, не зважаючи на досить короткий огляд історії розвитку інституту МСВ у світовій історії наведений автор, на нашу думку, охоплює суттєві риси його становлення і функціонування, починаючи з факту: а) його виникнення до появи феноменології державності; б) запозичення інститутів МСВ інститутами майбутньої держави; в) ролі в становленні МСВ та його основоположних інститутів міст-держав Стародавньої Греції; г) посилення ролі і значення МСВ в державній організації соціуму через діяльність римських муніципій; ґ) появи Магдебурзького права, як прообразу сучасної муніципальної демократії; д) особливого значення появи українського національного досвіду самоврядування, починаючи із Запорізької Січі, а також земських та інших установ, в період знаходження України у складі Російської та інших імперій та держав, що відіграло найважливішу конституційну роль у закріпленні МСВ у суспільній самосвідомості і у ментальності народу України.

У свою чергу О.В. Батанов наголошує, що для цілісного, всебічного та об'єктивного пізнання муніципального права необхідно насамперед враховувати історичний чинник. І хоча умови історичного становлення та розвитку муніципального права були і є відмінними в різних країнах, у цілому їх суспільно-політична сутність та функції по суті повсюдно однакові²¹. Отже, саме тут починають виникати уніфіковані риси в становленні муніципального права в різних державах, що, з одного боку, поєднують їх зусилля у становленні муніципальної демократії, а з іншого, – стимулюють виникнення потреби запозичення позитивних досягнень, що лежить в основі формування міжнародної домінанти щодо співробітництва в сфері МСВ;

– *психологічний фактор* у формуванні міжнародного компоненту в діяльності ОМСВ детермінується системою координат, що виникає на стику та у результаті взаємодії наступних психофізичних факторів, які характеризують поведінкові настанови людини, її груп та асоціацій, а саме: факторів «інтересу» – «комунікативної взаємодії» – «колаборації» – «інтерсуб'єктивності». Феноменологія інтересу, в основі якої лежать спонукальні мотиви для будь-якої людської діяльності, об'єктивно в процесі своєї реалізації перекликається з необхідністю комунікативної взаємодії конкретної людини з іншими членами локального соціуму, задля інформування їх про існування відповідного інтересу, його усвідомлення та наступної реалізації. Бо така реалізація можлива лише в соціумі і за умов визнання та схвалення ним такого інтересу, що не є антагоністичним для інших членів соціуму. Саме в таких умовах настає стан колаборації (співробітництва), що скерований на організацію процесу спільної діяльності в будь-якій сфері двох і більше людей або організацій для досягнення загальних цілей, при якій відбувається обмін знаннями, навчання і досягнення згоди (консенсусу)²². Отже, саме колаборація надає комунікативній взаємодії ознаки: а) визначення її загальних телеологічних домінант; б) обміну інформацією для більш глибокого пізнання засад такої взаємодії; в) усвідомлення об'єктивності і необхідності навчання в профільній сфері; г) розуміння об'єктивного характеру такої взаємодії та неминучості досягнення консенсусу за її результатами. Виконання наведених умов детермінує виникнення і реалізацію стану інтерсуб'єктивності: 1) усвідомлення особливої спільності; 2) виникнення певної сукупності людей, яка володіють спільністю установок і поглядів; 3) виникнення узагальненого досвіду представництва предметів²³.

Звідси, можна стверджувати, що в процесі формування міжнародного компоненту в діяльності ОМСВ задіяна велика кількість суб'єктів, починаючи від людей-жителів, що є членами ТГ, які продукують відповідні екзистенційні інтереси, і закінчуючи ОМСВ, що формуються самою ТГ в результаті виборів або демократичних призначень, функціонують від імені такої ТГ, відображаючи і реалізуючи її інтереси. У цьому контексті цікавою є позиція М.О. Баймуратова, який сепарував інтерес в системі МСВ на три форми-рівні:

- інтереси самого МСВ;
- інтереси території на якій функціонує ТГ;
- інтереси самої ТГ, включаючи інтереси її членів-жителів²⁴.

Вважаємо, що саме такий підхід має високу частку продуктивності, оскільки дає змогу: по-перше, визначити рівні інтересів в сфері МСВ, що в обов'язковому порядку будуть інтерпретуватися в межах міжнародного компоненту МСВ; по-друге, саме наведені інтереси можуть бути ілюстрацією інституціоналізації та конституювання ТГ як в національному, так і в міжнародному праві, бо, з одного боку, вона є сукупністю людей, які мешкають на відповідній території держави, а з другого, – у глобальному розумінні – виступає природною формою існування, функціонування та продовження людської цивілізації, що зразу ж «відкриває» наскрізні зв'язки і форми для міжнародного співробітництва як самих громад, так і ОМСВ, які їх репрезентують; по-третє, сприяє виникненню процесуального ланцюжка дискурсивно-парадигмальної природи, а саме: «інтереси людини-члена ТГ – інтереси самої ТГ – інтереси МСВ – інтереси держави – інтереси міжнародної спільноти держав», що фактично роз'яснює змістовне наповнення міжнародного компоненту МСВ та його суб'єктів і органів;

– *колабораційний фактор*, як окремих факторів в контекстуалізації профільного компоненту в діяльності ОМСВ, може розглядатися у вигляді визначення організаційних та організаційно-правових форм міжнародної взаємодії ОМСВ України зі своїми зарубіжними партнерами, причому не тільки з муніципалітетами, а й з будь-якими зарубіжними суб'єктами (міжнародними організаціями, кредитними і банківськими установа-

ми, органами зарубіжних держав, підприємницькими структурами, фізичними особами тощо), що заінтересовані у встановленні співробітництва;

– *інтерсуб'єктивний фактор*, як окремих факторів у контекстуалізації профільного компонента в діяльності ОМСВ, може розглядатися у вигляді показника інтенсифікації міжнародного співробітництва, що може знаходитися: а) на початковому етапі (розвиваються процеси пошуку зарубіжних партнерів); б) на етапі становлення співробітництва (поодинокі міжнародні зв'язки ОМСВ); в) на етапі активного міжнародного співробітництва (ОМСВ вже сформували функціонально спроможну систему міжнародного співробітництва); г) на етапі становлення системного поліоб'єктного міжнародного співробітництва (ОМСВ сформували систему міжнародного співробітництва, до якої входять різні суб'єкти, тобто не тільки муніципальні органи зарубіжних держав, а й міжнародні асоціації місцевих влад, підприємницькі структури та відповідні органи зарубіжних держав, широке коло фізичних осіб тощо);

– *функціонально-діяльнісний фактор* у формуванні міжнародного компонента в діяльності ОМСВ дає можливість визначити відповідні параметральні ознаки профільного співробітництва. Так, можна розрізняти, наприклад: а) міжнародні зв'язки ОМСВ із зарубіжними партнерами та б) міжнародне співробітництво з аналогічними суб'єктами; в межах транскордонного співробітництва: а) міжнародні зв'язки ОМСВ з органами влади та громадами зарубіжних держав, що є територіально суміжними (прикордонними) або б) міжнародні зв'язки ОМСВ з органами влади та громадами суміжних держав, що не є в той же час територіально суміжними з партнерами тощо;

– *ідеологічний фактор* – його виокремлення не є даниною будь-яким ідеологічним постулатам, тут йдеться насамперед про ставлення держави Україна до інституту локальної демократії, що інституційно оформлений у вигляді МСВ. Справа в тому, що сучасний етап політико-правового розвитку української держави характеризується протиборством тенденцій централізації та децентралізації. В їх основі – не тільки і не стільки об'єктивні передумови та фактори (з одного боку, становлення демократичної соціально-правової держави, в якій народ здійснює свою владу, в тому числі реалізуючи своє право на МСВ, з іншого боку, – необхідність збереження, особливо в умовах конституційної кризи та сучасної політичної нестабільності, державної цілісності, республіканського устрою, єдиного економічного та правового простору), а й суб'єктивні фактори, що їх досить активно продукує власна владна еліта самої держави, причому необхідно наголосити на тому, що багато у чому пов'язані не стільки з проблемами перехідного періоду, скільки з відсутністю державної волі у всебічному визнанні прав МСВ як функціонально спроможного і компетентно здатного соціально-правового інституту, небажанням передавати на його рівень суттєві повноваження та матеріально-фінансові ресурси, тотальною боязною і недовірою держави до населення та його здатності до самоорганізації, браком наукової концепції і відсутністю прагматичної національної моделі МСВ, загальновизнаних підходів до вирішення проблеми гармонізації тенденцій централізації та децентралізації тощо. Вважаємо, що тільки усунення наведених негативних факторів і тенденцій дасть можливість ОМСВ повною мірою сформувати та використати міжнародний компонент у своїй діяльності, спираючись на свої власні повноваження, ресурсні можливості та свою відповідальність.

Однак ідеологічний фактор має ще одну сторону, яка виявляється саме на локальному рівні соціуму, тобто там, де функціонує ТГ. Вона торкається безпосередньо формування мотивації і стимулювання самоорганізації жителів за місцем проживання до їх участі в МСВ. Але явну недовіру до своїх громадян, що є жителями відповідних територій та членами ТГ, та безпідставну і надмірну централізацію публічної державної влади, як продемонстрував досвід радянської державності та невдалий досвід муніципального будівництва в сучасній Україні, неможливо поєднати з демократичною суттю МСВ – бо люди просто ігнорують цей інститут та не бажають брати активну участь у його функціонуванні – звідки профільна мотивація до участі у МСВ або не формується, або нівелюється – своєю чергою, не формуються і не продукуються інтереси щодо різноаспектного міжнародного співробітництва ОМСВ.

Вихід з цієї ситуації бачиться лише в інтенсифікації муніципального реформування в державі, що нейтралізує перегини централізації або надмірне посилення децентралізації влади, наслідком якого може бути загальне послаблення державного начала та збалансує наведені тенденції, що безумовно вплине на активізацію міжнародної складової в діяльності ОМСВ;

– *публічно-державницький фактор* у формуванні міжнародного компонента в діяльності ОМСВ пояснюється тим, що МСВ у сучасних умовах може розвиватися тільки за наявності міцної підтримки з боку держави, її концептуально вираженої муніципальної політики, утворенні нею об'єктивних та суб'єктивних умов, забезпеченні політико-організаційних, соціально-економічних та духовних гарантій. Отже, тільки в таких умовах ОМСВ можуть репрезентувати інтереси ТГ щодо міжнародного співробітництва, тому саме здатність держави до самообмеження, формування довіри до локальної демократії, гармонізація тенденцій централізації та децентралізації є неодмінною передумовою не тільки становлення конституціоналізму, розвитку МСВ та інституціоналізації муніципальної влади у демократичній державі, а й формування міжнародної компоненти в діяльності ОМСВ. На жаль, загальна спрямованість сучасного розвитку української держави та її політики у сфері розвитку публічної самоврядної (муніципальної) влади формується і реалізується не тільки вкрай суперечливо, а й непослідовно, що наносить шкоду основоположним засадам демократичної правової державності.

Висновки. Резюмуючи викладене вище, треба зазначити, що:

– становлення, розвиток і вдосконалення інституту місцевого самоврядування в межах національної держави виступає могутнім фактором її демократизації та конституціоналізації;

– міжнародно-правовий компонент місцевого самоврядування базується на багатосторонньому та багаторівневому співробітництві держав-членів міжнародного співтовариства, набуваючи феноменологічної властивості, бо:

а) спирається на можливості феномена глобалізації, що виявляється в ньому у всіх її трьох визначених на сьогодні формах – економічній, політичній і правовій;

б) використовує могутній просторово-об'єднуючий потенціал правової глобалізації як могутньої системної і комплексної мегатенденції, що охоплює не тільки народи та держави, а й об'єднує їх навколо загальних стратегічних, тактичних і, що є особливо важливим – екзистенційно-повсякденних закономірностей організації та реалізації міжнародного, державного, регіонального, локального (колективного), групового та індивідуального життя, – через їх координацію, інтеграцію та уніфікацію, конвергенцію (зближення правових систем держав), їх адаптацію, апроксимацію тощо;

в) детермінує та контекстуалізує нові форми міждержавного і міжнародного співробітництва, що скероване на: більш глибоку взаємодію його суб'єктів; є могутнім фактором перманентного у часі і поліваріантного у формах, полірівневого та поліоб'єктного розвитку, що супроводжується новими та до цього часу невідомими феноменами і тенденціями, тобто можна казати про якісно-парадигмальні та дискурсивні цивілізаційні зміни, що супроводжуються та виявляються виникненням відповідних патернів глибокої взаємодії і суттєво впливають на шляхи існування та подальшого розвитку народів і держав;

– під міжнародним компонентом у його змістовному наповненні необхідно розуміти такі аспекти діяльності органів місцевого самоврядування, що фактично не є зв'язаними у своєму виникненні з питаннями «внутрішньої», внутрішньодержавної діяльності цих органів публічної влади, хоча в широкому телеологічному розумінні саме «цей міжнародний компонент» скерований на полегшення і вдосконалення діяльності ОМСВ всередині національної держави за рахунок набуття іноземного досвіду, участі в міжнародній комерційній та зовнішньоекономічній діяльності, становлення локальної системи міжнародного співробітництва;

– допомогою для розуміння процесів формування міжнародного компоненту в діяльності органів місцевого самоврядування виступає визначення низки положень (факторів) методологічної властивості, що демонструють засади міжнародного та міжнародно-правового потенціалу місцевого самоврядування, його органів та суб'єктів (історичний, психологічний, колабораційний, інтерсуб'єктивний, функціонально-діяльниший, ідеологічний, публічно-державницький фактори).

¹ Баймуратов М.О. Публічна самоврядна (муніципальна) влада в Україні: методологічні підходи до визначення основних ознак. *Публічне право*. 2011. № 2. С. 4–11.

² Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 26 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

³ Батанов О.В. Феноменологія сучасного муніципального права. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Unzap_2012_1_24.pdf

⁴ Батанов О.В. Муніципалізм як категорія сучасного муніципального права: постановка проблеми. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 4. С. 102–108.

⁵ Бойко Ю.В. Визначення концептуальних засад проведення муніципальної реформи в Україні: порівняльно-правовий аналіз. *Вісник Маріупольського державного університету*. 2014. Вип. 7. С. 148–157 (Серія «Право»).

⁶ Камінська Наталія. Міжнародно-правові джерела муніципального права. 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/Nzizvru_2014_3_19.pdf

⁷ Баймуратов М.О., Юрченко М.М. Інститут місцевого самоврядування в умовах глобалізації: до визначення доктринальних та нормативних підходів. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. Ч. 2. С. 3–8. С. 3–4.

⁸ Там само. С. 4.

⁹ Баймуратов М.О. Організаційно-правові форми забезпечення місцевими радами народних депутатів співробітництва споріднених міст: дис. ... канд. юрид. наук. Одеса : ОГУ, 1993. 176 с.

¹⁰ Баймуратов М.О. Міжнародне співробітництво органів місцевого самоврядування України : дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса : ОГУ, 1996. 498 с.

¹¹ Баймуратов М.О. Місцеве самоврядування як загальний спадок людської цивілізації та феномен сучасного світового конституціоналізму. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2009. № 4–5. С. 38–47.

¹² Баймуратов М.О. Місцеве самоврядування як фактор інтернаціоналізації національного та конституціоналізації міжнародного правопорядків. *Юридичний журнал*. 2011. № 2. С. 46–53.

¹³ Баймуратов М.О. Місцеве самоврядування як суб'єкт парагеополітики. *Вісник Львівського університету*. 2013. Вип. 32. С. 166–175 (Серія «Міжнародні відносини»).

¹⁴ Баймуратов М.О., Васильєв Є.О. Територіальна громада та органи місцевого самоврядування України у локальній системі зовнішньоекономічної діяльності. Одеса : Фенікс, 2017. 216 с.

¹⁵ Баймуратов М.О., Кравець О.О. Роль юридичної служби органу місцевого самоврядування в формуванні та функціонуванні правового простору локальної демократії. Одеса : Фенікс, 2018. 328 с.

¹⁶ Могілевський В.С. Роль місцевого самоврядування в становленні національного та глобального конституціоналізму: питання взаємодії та ефективності : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2019. 211 с.

¹⁷ Баймуратов М.О., Юрченко М.М. Інститут місцевого самоврядування в умовах глобалізації: до визначення доктринальних та нормативних підходів. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2019. Ч. 2. С. 5.

¹⁸ Європейська хартія місцевого самоврядування (м. Страсбург, 15 жовтня 1985 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036#Text

¹⁹ Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями (Мадрид, 21 травня 1980 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_106#Text

²⁰ Баймуратов М.О. Місцеве самоврядування як загальний спадок людської цивілізації та важливий феномен сучасного світового конституціоналізму. *Вісник Маріупольського державного університету*. 2011. Вип. 1. С. 57–65. С. 58 (Серія «Право»).

²¹ Батанов О.В. Європейська традиція муніципального права: епоха формування та напрями розвитку. С. 12. URL: https://www.cuspu.edu.ua/images/nauk_zapiski/pravo/1_2017/11-19.pdf

²² Коллаборация. *Википедия*. Свободная энциклопедия. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Коллаборация>

²³ Интерсубъективность. *Википедия*. Свободная энциклопедия. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Интерсубъективность>

²⁴ Баймуратов М.О. Міжнародне співробітництво органів місцевого самоврядування України : дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса : ОГУ, 1996. 498 с. С. 43.

Резюме

Боярський В.О. Міжнародний компонент у діяльності органів місцевого самоврядування України.

Метою цієї статті є дослідження актуальних питань виникнення, формування і вияву міжнародного компоненту в діяльності органів місцевого самоврядування України.

Доведено, що міжнародно-правовий компонент місцевого самоврядування базується на багатосторонньому та багаторівневому співробітництві держав-членів міжнародного співтовариства, набуваючи феноменологічної властивості.

Аргументовано, що під міжнародним компонентом у його змістовному наповненні необхідно розуміти такі аспекти діяльності органів місцевого самоврядування, що фактично не є пов'язаними у своєму виникненні з питаннями «внутрішньої», внутрішньодержавної діяльності цих органів публічної влади.

Стверджується, що допомогою для розуміння процесів формування міжнародного компоненту в діяльності органів місцевого самоврядування виступає визначення низки положень (факторів) методологічної властивості, що демонструють засади міжнародного та міжнародно-правового потенціалу місцевого самоврядування, його органів та суб'єктів.

Ключові слова: місцеве самоврядування, органи місцевого самоврядування, територіальна громада, міжнародний компонент в діяльності органів місцевого самоврядування.

Резюме

Боярський В.А. Международный компонент в деятельности органов местного самоуправления Украины.

Целью этой статьи является исследование актуальных вопросов возникновения, формирования и проявления международного компонента в деятельности органов местного самоуправления Украины.

Доказано, что международно-правовой компонент местного самоуправления базируется на многостороннем и многоуровневом сотрудничестве государств-членов международного сообщества, приобретая феноменологические свойства.

Аргументировано, что под международным компонентом в его содержательном наполнении необходимо понимать такие аспекты деятельности органов местного самоуправления, которые фактически не являются связанными в своем возникновении с вопросами «внутренней», внутригосударственной деятельности этих органов публичной власти.

Утверждается, что помощью для понимания процессов формирования международного компонента в деятельности органов местного самоуправления выступает определение ряда положений (факторов) методологического свойства, демонстрирующих принципы международного и международно-правового потенциала местного самоуправления, его органов и субъектов.

Ключевые слова: местное самоуправление, органы местного самоуправления, территориальная громада, международный компонент в деятельности органов местного самоуправления.

Summary

Volodimir Boyarsky. International component in the activities of local self-government bodies of Ukraine.

The purpose of this article is to study topical issues of the emergence, formation and manifestation of the international component in the activities of local self-government bodies of Ukraine.

It has been proved that the international legal component of local self-government is based on multilateral and multi-level cooperation of the member states of the international community, acquiring phenomenological properties, because: A) relies on the possibilities of the phenomenon of globalization, which manifests itself in it in all three of its currently defined forms – economic, political and legal; B) uses the powerful spatially unifying potential of legal globalization as a powerful systemic and complex megatrend that encompasses not only peoples and states, but also unites them around common strategic, tactical, and what is especially important – existential and everyday patterns of organization and implementation of the international, state, regional, local (collective), group and individual life – through their coordination, integration and unification, convergence (rapprochement of the legal systems of states), their adaptation, approximation, and the like; C) determines and contextualizes new forms of interstate and international cooperation aimed at: deeper interaction of its subjects; is a powerful factor that is permanent in time; and multivariate in forms; poly-level and poly-object development, which is accompanied by new and still unknown phenomena and trends – that is, we can talk about qualitative-paradigmatic and discursive civilizational changes, accompanied and manifested by the emergence of corresponding patterns of deep interaction, and significantly affecting the path of existence and further development peoples and states.

It is argued that under the international component in its content, it is necessary to understand such aspects of the activities of local self-government bodies that are actually not connected in their emergence with the issues of “internal”, intrastate activities of these public authorities, although in a broad teleological sense, it is this “international component” “is aimed at facilitating and improving the activities of such bodies within the national state through the acquisition of foreign experience, participation in international commercial and foreign economic activity, the formation of a local system of international cooperation.

It is argued that the definition of a number of provisions (factors) of methodological properties that demonstrate the principles of the international and international legal potential of local self-government, its bodies and subjects (historical, psychological, collaboration, intersubjective, functional-active, ideological, public-state factors).

Key words: local government, local self-government bodies, territorial community, international component in the activities of local self-government bodies.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.23

УДК 342.2+342.7

А.А. КАЛАРАШ

*Андрій Андрійович Калараш, здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України, суддя Верховного Суду України**

ORCID: 0000-0003-4408-8289

ТЕОРЕТИЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ФЕНОМЕНОЛОГІЇ СПОЖИВАЧА ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ РОЗВИТКУ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ

Постановка проблеми. Наріжним каменем побудови демократичної правової державності виступає визнання, легалізація, регламентація, регулювання, охорона, захист, гарантування державою конституційних прав і свобод людини і громадянина та сприяння їх легітимації серед інших суб'єктів національного конституційного права. До їх числа фактично входять і права споживача, що виникають у процесі відносин між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками й продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг. І хоча вони напряду не належать до кола конституційних прав і свобод людини і громадянина, що врегульовано розділом II Конституції України 1996 р.¹, але можуть бути до них віднесені, враховуючи їх ґрунтовне змістовне навантаження, бо вони:

а) пов'язані з природним існуванням людини (екзистенційний критерій. – Авт.);

б) характеризуються соціальною індивідуальною, груповою і колективною цінністю, оскільки фактично володіють природженою властивістю людського існування, груп і інших асоціацій людей (аксіологічний критерій. – Авт.);

в) мають повсякденну актуальність, бо без їх використання є неможливою реалізація життєвого циклу людини (повсякденно-системний критерій. – Авт.);

г) носять системно-об'єктивний та перманентно-контекстуалізований характер, адже споживання благ, яке лежить в основі прав споживача, виступає як одна із невід'ємних характеристик сутності людини (онтологічний критерій. – Авт.).

Такий висновок витікає, по-перше, з особливої значущості прав споживача. Хоча вони належать до економічних прав людини, але їх важливість та екзистенційний характер дає змогу віднести їх до вітальних прав – тобто прав, що детермінують і забезпечують життя і здоров'я людини, стабільне проходження нею свого життєвого циклу; по-друге, вони повністю відповідають нормативно-діяльній парадигмі, що склалась для конституційних прав і свобод людини і громадянина, ними унормована, регламентована і врегульована – а саме: а) кожному гарантується право знати свої права і обов'язки (ст. 57 Конституції України²) (функціональний аспект. – Авт.); б) кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування (далі – ОМСВ) матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, ОМСВ, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень (ст. 56 Конституції України) (облігаторний аспект. – Авт.); в) кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій та бездіяльності органів державної влади, ОМСВ, посадових і службових осіб (ст. 55 Конституції України) (правозахисний аспект. – Авт.); г) кожен має право на правову допомогу (ст. 59 Конституції України) (праводопоміжний аспект. – Авт.); по-третє, права споживача тісно переплітаються та синергують з іншими правами людини, які на сьогодні мають статус конституційних прав або ще не мають такого, або часто-густо виступають у статусі «законних інтересів людини»: наприклад, право на задоволення основних потреб; право на безпеку; право на інформативність; право вибору; право бути вислуханим; право на відшкодування; право на споживчу освіту; право на здорове природне середовище тощо.

Отже, виходячи саме з таких конституційних настанов, національний законодавець у ст. 4 профільного Закону України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р.³ встановив, що споживачі під час укладення, зміни, виконання та припинення договорів щодо отримання (придбання, замовлення тощо) продукції, а також при використанні продукції, яка реалізується на території України, для задоволення своїх особистих потреб мають право на:

- 1) захист своїх прав державою;
- 2) належну якість продукції та обслуговування;
- 3) безпеку продукції;

© А.А. Калараш, 2020

* *Andriy Kalarash, Postgraduate student of the Institute of Legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine*

4) необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію державною мовою про продукцію, її кількість, якість, асортимент, її виробника (виконавця, продавця) відповідно до Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної»;

5) обслуговування державною мовою відповідно до Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної»;

б) відшкодування майнової та моральної шкоди, завданої внаслідок недоліків продукції (дефекту в продукції), відповідно до закону;

7) звернення до суду та інших уповноважених державних органів за захистом порушених прав;

8) об'єднання в громадські організації споживачів (об'єднання споживачів);

9) інші права, встановлені законодавством про захист прав споживачів.

Цим же законодавчим актом (ст. 4) встановлено обов'язки споживача, який зобов'язаний:

1) перед початком експлуатації товару уважно ознайомитися з правилами експлуатації, викладеними в наданій виробником (продавцем, виконавцем) документації на товар (зобов'язально-інформаційний фактор. – Авт.);

2) в разі необхідності роз'яснення умов та правил використання товару – до початку використання товару звернутися за роз'ясненнями до продавця (виробника, виконавця) або до іншої вказаної в експлуатаційній документації особи, що виконує їх функції (зобов'язально-допоміжний фактор. – Авт.);

3) користуватися товаром згідно з його цільовим призначенням та дотримуватися умов (вимог, норм, правил), встановлених виробником товару (виконавцем) в експлуатаційній документації (зобов'язально-телеологічний фактор. – Авт.);

4) з метою запобігання негативним для споживача наслідкам використання товару – застосовувати передбачені виробником в товарі засоби безпеки з дотриманням вимог експлуатаційної документації, спеціальних правил, а в разі відсутності таких правил у документації – звичайних розумних заходів безпеки, встановлених для товарів такого роду (зобов'язально-безпековий фактор. – Авт.).

Отже, на основі системно-комплексного поєднання прав і обов'язків суб'єкта, що врегульовано законодавчим актом, виникає феноменологія споживача та формується належний йому правовий статус, що в тезаурусі профільного законодавчого акта (ст. 1) визначається через пов'язання саме споживача з його правами і обов'язками – як фізичної особи, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

Системний аналіз наведеного нормативного визначення споживача дає змогу визначити його основоположний родовий стан і апіорі правовий стан, що його супроводжує (фізична особа), його правоздатність (має відповідні цивільно-правові права), його дієздатність (він придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб), обмеження його дієздатності (такі особисті потреби не можуть бути безпосередньо пов'язані з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника).

Звідси можна стверджувати, що основоположним суб'єктом споживчого (консьюмерського) права виступає споживач, бо саме він, його здоров'я та життя, матеріальний чи моральний стан виступають об'єктом захисту і охорони з боку держави та її органів, їх посадових і службових осіб, а також об'єктом судового захисту.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Треба зазначити, що як об'єкт дослідження в сфері консьюмерізму споживач, як основоположний феномен і суб'єкт споживання, включений до складного і багатofакторного процесу суспільного матеріального відтворення ринкової економіки, більш того, – є загальноновизнаним, що він існує та функціонує в певній економічній ситуації, здійснюючи свою життєдіяльність; має розвинені інтелектуальні здібності саме у сфері матеріального забезпечення свого економічного життя, а також економічного життя своєї родини; в силу чого саме він володіє специфічними формами економічної поведінки, які він демонструє в процесі виникнення відповідних життєвих ситуацій, модифікуючи їх залежно від свого настрою, вміння, наявності практичних навичок тощо.

Необхідно наголосити на тому, що в історичній ретроспективі перші дослідження характеристик споживача як центральної фігури консьюмерізму і його поведінки, що стимулює розвиток цього важливого напрямку соціально-економічної політики держави і соціуму, починаються в економічному дискурсі ще з часів А. Сміта. Згодом вони детально досліджувалися представниками різних економічних шкіл, що сповідують різні ідеологічні цінності та різні управлінські парадигми – марксистською, австрійською, кембриджською, американською та іншими. Зокрема, саме економічні проблеми споживача аналізуються в роботах К. Маркса, К. Менгера, Ф. фон Візера, Е. фон Бем-Баверка, Дж. Б. Кларка, А. Маршалла та ін.

У сьогоденні дослідження ролі споживача в реалізації економічних процесів тривають в роботах вчених, які представляють неокласичний напрямок економіки (У. С. Девонс і Л. Вальрас (математична школа), Дж.Б. Кларк (американська школа), И. Фишер, А. Маршалл і А. Пигу (кембриджська школа)). Вони вивчають поведінку так званої «економічної людини» (споживача, підприємця, найманого працівника, платника податків), який прагне максимізувати прибуток і мінімізувати витрати. Представниками напрямку економічної теорії, що досліджували споживчу проблематику, слід назвати насамперед П. Самуельсона, В. Нордхауза, Дж. Зламана, К. Р. Макконелла, С. Л. Брю та ін.

Одночасно треба звернути увагу на те, що питання правового статусу споживача та його ролі в існуванні й розвитку місцевого самоврядування (далі – МСВ) у контексті розвитку територіальної громади (далі –

ТГ), як сукупності жителів відповідних територій держави, що виникають історично у зв'язку зі спільним проживанням і функціонуванням на локальному рівні соціуму, практично не досліджувались.

Тому **метою** цієї статті є дослідження теоретичних підходів до розуміння феномена споживача та його значення для розвитку територіальної громади.

Виклад основного матеріалу. Для більш глибокого розуміння проблематики дослідження вважаємо за потрібне розкрити феноменологію споживача стосовно інституту місцевого самоврядування, а саме:

а) цей інститут функціонує на локальному рівні державного управління;
б) місцеве самоврядування здійснюється зі згоди держави на її відповідних територіях;
в) місцеве самоврядування реалізується в рамках адміністративно-територіальних одиниць держави;
г) місцеве самоврядування здійснюється від імені та в інтересах відповідних територіальних спільнот – ТГ, що згідно з Конституцією України (ст. 140) виступають його первинними суб'єктами;

г) такі ТГ являють собою сукупність фізичних осіб – жителів відповідних адміністративно-територіальних одиниць держави (села, добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища та міста);

д) жителі-члени ТГ об'єктивно об'єднуються в таку локальну спільноту, формуючи і реалізуючи власний людям принцип інтересуб'єктивності, основною телеологічно-функціональною настановою якого є реалізація їх життєвого циклу;

е) на рівні локального соціуму, саме там, де існує і функціонує ТГ, активізуються процеси щодо суттєвого стирання відмінностей у правовому стані фізичних осіб-жителів, які є членами таких ТГ та законно перебувають і проживають на території відповідної держави – тобто громадяни цієї держави, а також іноземці (іноземні громадяни, апатриди), біженці та інші категорії населення в рамках місцевого самоврядування презентують себе в єдиній якості – жителя-члена ТГ;

є) важливою характерною рисою місцевого самоврядування, як найбільш близького рівня публічного управління до жителів, є те, що в межах його простору і за рахунок його матеріально-фінансової і компетенційної бази, а також завдяки його організаційному потенціалу реалізується конституційно-правовий статус людини і громадянина, насамперед за рахунок того, що конституційні права, свободи і обов'язки, у своїй переважній більшості і функціональній можливості, реалізуються саме в процесі повсякденної життєдіяльності людини в межах локального соціуму – ТГ;

ж) у процесі такої реалізації життєвого циклу, що здійснюється в умовах повсякденності, жителі-члени ТГ продукують екзистенційні індивідуальні, групові, колективні імпульси особливої гуманістично-типологічної властивості, що володіють управлінсько-нормативним потенціалом – інтенції, життєві устремління, потреби, інтереси, атиюдії;

з) у процесі реалізації наведених настанов житель-член ТГ для забезпечення свого життєвого циклу об'єктивно споживає відповідні блага матеріального і нематеріального гатунку, що фактично, одночасно трансформує його у ординарного, перманентного, системного споживача таких благ, насамперед матеріального гатунку, зі всіма характерними для цього статусу правами і обов'язками;

и) тобто в процесі реалізації наведених настанов житель-член ТГ виконує відповідну законодавчо встановлену парадигму діяльності, в якій він виступає як фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, тобто як споживач – отже, можна констатувати, що фактично кожен житель-член ТГ є потенційним і реально діючим споживачем;

і) можна також стверджувати, що рольова позиція людини-споживача, який є одночасно жителем і членом ТГ, – це ординарна, оптимальна і найбільш ефективна рольова позиція людини, бо саме в процесі реалізації своїх індивідуальних, групових, колективних потреб, що проявляються ззовні як імпульси особливої гуманістично-типологічної властивості та які володіють управлінсько-нормативним потенціалом, людина одночасно, синергічно, паралельно реалізує як правовий статус члена ТГ, так і споживача, бо вони фактично «накладаються» один на одного, або перший «поглинає» другий;

ї) треба розуміти, що споживач є лише однією з ординарних рольових позицій людини, які вона формує, набуває і виконує в рамках місцевого самоврядування, перебуваючи одночасно в статусі жителя-члена ТГ (родовий рольовий статус у межах місцевого самоврядування) і інших рольових позиціях – наприклад, члена родини, школяра, студента, робітника-члена відповідного трудового колективу, підприємця, пенсіонера, платника загальнодержавних і місцевих податків та зборів, члена будь-яких громадських асоціацій тощо.

Звідси, можна констатувати, що споживач як фізична особа (людина) насамперед і переважно функціонує на локальному рівні соціуму в межах ТГ в умовах місцевого самоврядування і проявляє свій інтерес саме як споживач відповідних товарів і послуг у процесі реалізації своїх прав, свобод і обов'язків, що відбувається в стані повсякденності.

Отже, наведені положення дають змогу сформулювати, побудувати та продемонструвати відповідний процесуальний ланцюжок, що достатньо яскраво і переконливо продемонструє правовий статус споживача та його роль в існуванні і функціонуванні місцевого самоврядування та його основного суб'єкта – ТГ. Звідси згаданий процесуальний ланцюжок може мати такий вигляд: «місцеве самоврядування» – «ТГ» – «людина» (громадянин, іноземець / іноземний громадянин, апатрид / біженець) – «житель» – «член ТГ» – «споживач».

Разом із тим, треба наголосити, що вітчизняними дослідниками, зокрема Є.В. Ромотом і В.В. Толстоном, що є фахівцями державного управління в сфері споживчого права, виникнення і розвиток якого також є

яскравим підтвердженням важливості правового статусу споживача, звертається особлива увага на полісемію (багатозначність) поняття «споживач» у сфері захисту «споживчих прав»⁴.

В основу аргументації своєї доктринальної позиції наведені автори кладуть наступні положення:

а) полісемія поняття «споживач» напряму пов'язана з розумінням поняття захисту прав споживачів, який в сучасних умовах має множинне значення завдяки системному комплексному характеру даного процесу і його різним аспектам (на нашу думку, захист прав споживачів сьогодні є актуальним на глобальному, макрорегіональному, державному, регіональному і локальному рівнях функціонування державності, бо від його ефективності залежить здоров'я та життя споживача, під номенологією якого треба розуміти необмежену кількість неперсоніфікованих суб'єктів без врахування їх правового стану. – Авт.);

б) категорія «споживач» одночасно є предметом вивчення багатьох наук: економічної теорії, соціології, права, маркетингу, товарознавства, психології та ін., свідомством чого є факт виділення в процесі розвитку теоретичного знання спеціальної науки «Поведінка споживачів» (на нашу думку, особливого значення набуває вивчення профільної категорії «споживач» у муніципальному праві, бо територіально-локальному сферою появи, становлення і функціонування споживача як фізичної особи є саме ТГ, що існує і функціонує на рівні місцевого самоврядування в умовах повсякденності, а звідси – і питання захисту прав споживачів з боку ОМСВ. – Авт.);

в) важливу інституційну роль відіграє поняття «споживач» в економічній теорії, бо саме він як основоположний суб'єкт споживання, як вже зазначалось, є бенефіціаром процесу суспільного матеріального відтворення ринкової економіки, саме він в процесі реалізації свого життєвого циклу існує і функціонує в певній економічній ситуації, сполучаючи з нею свої екзистенційні прояви (інтенції, устремління, потреби, інтереси, атитюди), володіє розвиненими інтелектуальними здібностями щодо відповідного відбору і надання пріоритетів продукції для споживання, формуючи в процесі цього специфічні форми своєї економічної поведінки (на нашу думку, практично всі процеси, що наведені вище, фізично формуються, зорганізуються, функціонують і реалізуються на локальному рівні функціонування соціуму (і одночасно на локальному рівні публічного управління), тобто на рівні місцевого самоврядування, в сфері дії ОМСВ в межах ТГ. – Авт.);

г) разом із тим вони зазначають, що в кожній із наведених наук поняття «споживач» має різну дефінітивну оцінку і характеристику, що фактично зумовлена роллю і значимістю такого суб'єкта в досліджуваних процесах профільного характеру – насамперед економічного.

Дійсно, у широкому розумінні поняття «споживач», відповідно до «Тлумачного словника» Д.М. Ушакова, означає: «Споживач, чол. рід: 1. Особа або організація, які споживають продукти чийогось виробництва; ант. виробник (екон.). 2. Те ж саме, що покупець. Товар розрахований на масового споживача»⁵. Треба зазначити, що наведені дефініції не містять в собі локальну ознаку знаходження і функціонування споживача, а також якісну оцінку сфери його профільної діяльності (місцеве самоврядування, ТГ тощо). Крім того, визначення споживача в широкому розумінні як людини і організації суперечить чинним на сьогодні законодавчим настановам.

Таким же недоліком характеризуються визначення споживача у Великому тлумачному словнику сучасної української мови, де він аналогічно визначається як: 1. Особа чи організація, що використовує, споживає якусь продукцію. 2. Те саме, що покупець⁶. Як бачимо, у першій дефініції споживача відповідним чином розширено його характеристики.

Аналогічний підхід ми спостерігаємо в теорії економічної науки. Так, наприклад, один із її представників, О.О. Мамалуй, зазначає: «Споживач як суб'єкт ринкових відносин – це людина, яка прагне до максимального задоволення потреб шляхом споживання корисних якостей економічних благ і послуг з урахуванням існуючих обмежень у доходах і цінах»⁷. Правда, тут автор, по-перше, однозначно визначає, що споживач є фізичною особою; по-друге, він досить детально виписує телеологію споживання – його метою є прагнення до максимального задоволення потреб; а також його технологію – вона реалізується шляхом споживання корисних якостей економічних благ і послуг. Але місце споживання благ та сфера їх споживання також не вказані.

Має свої особливості підхід до поняття «споживач», який використовується в маркетинговій теорії. Так, авторитетна в світі громадська професійна організація маркетингологів Американська маркетингова асоціація (АМА) дає наступне визначення: «Традиційно це кінцевий користувач товарів, ідей і послуг. Однак цей термін може бути також використаний, щоб мати на увазі покупця або особу, яка приймає рішення про покупку, а також остаточного споживача. Мати, купуючи їжу для споживання її малюком, часто називається споживачем, незважаючи на те, що вона, можливо, не є кінцевим користувачем»⁸. Системний аналіз наведеної дефініції свідчить про її не стільки технологічний, скільки стохастичний характер, хоча раціональним тут видається констатація факту, що споживач – це кінцевий користувач товарів, ідей і послуг. Крім того, поняття благ, що їх споживає споживач, суттєво розширюється за рахунок додавання до їх кола не тільки товарів і послуг, а також ідей (нематеріальні блага). Одночасно це визначення акцентує увагу на можливості розширювального тлумачення дефініції покупця, маючи на увазі його градацію на визначення: а) особи, яка приймає рішення про покупку відповідного блага; б) остаточного споживача. Разом із тим, у цьому підході відсутні локальний, сферний (місцеве самоврядування) та макросуб'єктний (ТГ) підходи.

Водночас у науці маркетингу є в наявності такі дефінітивні визначення споживача, що містять великий потенціал для розуміння його значення і ролі як в економічних процесах, так і в процесі побудови системи зв'язків з виробниками, постачальниками, продавцями профільних благ, що, на нашу думку, допомагає зро-

бити акцент на локальному характері функціонування споживача. Так, визнаний класик маркетингу Ф. Котлер зазначає: «Споживач – найважливіша людина, що коли-небудь переступала поріг вашого офісу. Споживач не залежить від вашого існування. Ми повністю залежимо від нього. Споживач – це не перешкода в нашій роботі. Він її предмет. Ми не робимо йому ласку, обслуговуючи його. Це споживач надає нам велику честь, даючи нам можливість допомогти йому... Наша робота зводиться до того, щоб задовольнити його потреби з вигодою для компанії»⁹.

Системно тлумачачи наведену доктринальну позицію, необхідно зазначити, що вона яскраво демонструє не тільки важливу і стратегічну роль споживача в економічному ланцюжку виробництва, скільки його соціальний і правовий статус: задоволення потреб, автономію волі, право вибору тощо. А це, своєю чергою, апріорі вказує на обов'язковий порядок щодо наявності місця такого задоволення потреб, прояву автономії волі і здійснення свободи вибору.

Досить важливим, на наш погляд, особливо в контексті дослідження, що проводиться, є пов'язання в маркетингу поняття споживача (клієнта) з аналізом його споживчої поведінки, що характеризує відповідні діяльнісно-функціональні засади поведінки цього суб'єкта в процесі споживання благ. Так, як зазначають Ф. Котлер і Г. Армстронг: «Споживча поведінка індивідуального споживача (consumer buyer behavior) – це поведінка кінцевого споживача (фізичної особи або домогосподарства), який купує товари і послуги для особистого споживання. Взяті всі разом, ці кінцеві споживачі створюють споживчий ринок (consumer market)»¹⁰. Як бачимо, споживач не тільки займає центральну позицію в системі управління ринковою діяльністю, він її детермінує, тобто своєю поведінкою, що скерована на отримання товарів і послуг для особистого споживання, він не тільки їх купує, а й одночасно запускає процес торгівлі, а в перспективі і процес вироблення товарів і послуг. Отже, споживач на локальному рівні соціуму формує, організує, «запускає», стимулює фактично такий ринок товарів і послуг, що підвищує роль локального фактору та місцевого самоврядування в його створенні та функціонуванні, а також ОМСВ – в його створенні, регламентації і регулювання, зважаючи на те, що сам ринок визначається в маркетингової теорії як сукупність існуючих і потенційних споживачів.

Отже, можна зробити висновок, що не зважаючи на те, що дефінітивне визначення «споживач» як на доктринальному, так і на нормативному рівнях не містить чітких і однозначних ознак щодо пов'язаності його існування і функціонування з місцевим самоврядуванням, такі зв'язки можна ідентифікувати, актуалізувати, контекстуалізувати, акцентуючи увагу на їх локальному характері реалізації, приналежності споживача до територіальної спільноти (ТГ), що діє в умовах місцевого самоврядування в режимі повсякденності, а також збігу (накладанні) рольових позицій жителя-члена ТГ з рольовою позицією споживача.

Резюмуючи, можна дійти наступних висновків:

– феноменологія споживача має тісні зв'язки органічного характеру з феноменологією місцевого самоврядування, бо виникає і формується в межах територіальної спільноти – територіальної громади, що формується на локальному рівні функціонування соціуму в умовах місцевого самоврядування в режимі повсякденності;

– у рамках територіальної громади споживач виконує одну з характерних і ординарних рольових позицій жителя-члена ТГ, бо сама ТГ в телеологічному розумінні створюється для індивідуального, групового і колективного споживання благ матеріального і нематеріального характеру;

– хоча дефінітивне визначення «споживач» як на доктринальному, так і на нормативному рівнях не містить чітких і однозначних ознак щодо пов'язаності його існування і функціонування з місцевим самоврядуванням, такі зв'язки існують, їх можна ідентифікувати, актуалізувати, контекстуалізувати, акцентуючи увагу на їх локальному характері реалізації, приналежності споживача до територіальної спільноти, що діє в умовах місцевого самоврядування в режимі повсякденності, а також збігу (накладанні) рольових позицій жителя-члена ТГ з рольовою позицією споживача;

– посилення ролі і значення споживача в межах місцевого самоврядування сприяє активізації розвитку територіальної громади в контексті більш якісної і кількісної реалізації потреб і інтересів жителів-членів такої територіальної спільноти.

¹ Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Там само.

³ Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 року. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. Ст. 379.

⁴ Ромаг Е.В., Толстоног В.В. Полісемія поняття «потребитель» в сфері зашиты потребительских прав». URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/polisemiya-ponyatiya-potrebitel-v-sfere-zaschity-potrebitelskih-prav>

⁵ Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. Москва: Сов. эн-цикл.; ОГИЗ, 1939. Т. 3. 1424 с. С. 178.

⁶ Споживач. *Великий тлумачний словник сучасної української мови* / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2001. 1440 с. С. 1176.

⁷ Мамалуй О.О., Гриценко О.А., Гриценко Л.В. *Основи економічної теорії*: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 448 с. С. 133.

⁸ Consumer. Dictionary / American Marketing Association URL: http://www.marketingpower.com/_layouts/Dictionary.aspx?dLetter=C

⁹ Котлер Ф. *Маркетинг-менеджмент: экспресс-курс* / пер. с англ. Санкт-Петербург: Питер, 2001. 496 с. С. 59.

¹⁰ Там само. С. 261.

Резюме

Калараш А.А. Теоретичні підходи до розуміння феноменології споживача та її значення для розвитку територіальної громади.

Статтю присвячено дослідженню теоретичних підходів до розуміння феноменології споживача та її значення для розвитку територіальної громади.

Доведено, що феноменологія споживача має тісні зв'язки органічного характеру з феноменологією місцевого самоврядування, бо виникає і формується в межах територіальної спільноти – територіальної громади, що формується на локальному рівні функціонування соціуму в умовах місцевого самоврядування в режимі повсякденності.

Аргументовано, що в рамках територіальної громади споживач виконує одну з характерних і ординарних ролевих позицій жителя-члена такої громади, бо сама вона в телеологічному розумінні створюється для індивідуального, групового і колективного споживання благ матеріального і нематеріального характеру.

Ключові слова: споживач, права споживача, місцеве самоврядування, органи місцевого самоврядування, територіальна громада.

Резюме

Калараш А.А. Теоретические подходы к пониманию феноменологии потребителя и ее значение для развития территориальной громады.

Статья посвящена исследованию теоретических подходов к пониманию феноменологии потребителя и ее значения для развития территориальной громады.

Доказано, что феноменология потребителя имеет тесные связи органического характера с феноменологией местного самоуправления, поскольку возникает и формируется в пределах территориальной общности – территориальной громады, формируется на локальном уровне функционирования социума в условиях местного самоуправления в режиме повседневности.

Аргументировано, что в рамках территориальной громады потребитель выполняет одну из характерных и ординарных ролевых позиций жителя-члена такой громады, потому что сама она в телеологическом понимании создается для индивидуального, группового и коллективного потребления благ материального и нематериального характера.

Ключевые слова: потребитель, права потребителя, местное самоуправление, органы местного самоуправления, территориальная громада.

Summary

Andriy Kalarash. Theoretical approaches to understanding consumer phenomenology and its significance for the development of the territorial community.

The article is devoted to the study of theoretical approaches to understanding the phenomenology of the consumer and its significance for the development of the territorial community.

It is proved that consumer phenomenology has close links with organic phenomenology of local self-government, because it arises and is formed within the territorial community – territorial community, which is formed at the local level of society in local government in everyday life.

It is argued that within the territorial community the consumer performs one of the characteristic and ordinary role positions of the resident member of such a community, because it itself is created in the teleological sense for individual, group and collective consumption of material and intangible goods.

Emphasis is placed on the fact that although the definitive definition of “consumer” at both the doctrinal and regulatory levels does not contain clear and unambiguous signs of the connection of its existence and functioning with local government, such links exist, they can be identified, updated, to contextualize, focusing on their local nature of implementation, consumer affiliation to the territorial community operating in local government in everyday life, as well as the coincidence (imposition) of role positions of the resident member of the TG with the role position of the consumer.

Key words: consumer, consumer rights, local self-government, local self-government authority, territorial community.

М.М. КОМПАНІЄЦЬ

*Микола Миколайович Компанієць, здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України**
ORCID: 0000-0002-1143-6986

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ НАДАННЯ ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ БЕЗОПЛАТНОЇ ПЕРВИННОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ ЧЛЕНАМ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ

Постановка проблеми. Не зважаючи на те, що надання органами місцевого самоврядування (далі – ОМСВ) України безоплатної первинної правової допомоги (далі – БППД) членам територіальної громади (далі – ТГ) виступає як достатньо нове компетенційне повноваження цього рівня органів публічної влади, воно, враховуючи його особливу важливість для захисту прав і свобод людини і громадянина, що здійснюється в локальній системі такого захисту прав людини на рівні локальної територіальної спільноти, що створюється самими ОМСВ, об'єктивно потребує свого вдосконалення, а також подальшого організаційного і організаційно-правового супроводження та забезпечення – через визначення і вирішення низки актуальних проблем у профільній сфері.

Вважаємо, що причини об'єктивної, актуалізації та контекстуалізації такого стану можна розкрити, зробивши відповідні зауваження методологічного характеру, що допомагають зрозуміти та з'ясувати деякі недоліки й суперечності (фактори) об'єктивного і суб'єктивного характеру в процесі організації такої роботи.

По-перше, до об'єктивних факторів належить становлення і розвиток в Україні самої системи місцевого самоврядування (далі – МСВ) європейського зразка, що на теоретично-доктринальному рівні скерована на надання муніципальних послуг жителям-членам ТГ, але на рівні реалізації цього стратегічного завдання, в силу повільного проведення муніципального реформування в рамках адміністративної реформи та неналежного супроводження і забезпечення ресурсними складовими, у тому числі фінансовими і кадровими, не може бути вирішеним належним чином (*критерій суперечливості між стратегічними настановами реформування і практичним станом їх втілення. – Авт.*).

По-друге, фактором суб'єктивної властивості виступає те, що наведений стан детермінується особливостями офіційного визнання і легалізації не тільки розподілу інтересів між двома рівнями публічної влади – публічною державною владою і публічною самоврядною (муніципальною) владою (див. ст. 5 Конституції України¹), а й їх втіленням у законопроектіванні і законотворчості (*критерій низької якості муніципального законопроектівання і муніципальної законотворчості. – Авт.*), результатом чого стала низка чинників негативного характеру, серед яких:

1) повне дублювання повноважень ОМСВ різного рівнів, а також ОМСВ та органів виконавчої влади на місцях (*критерій колізійності. – Авт.*);

2) розподіл компетенції ОМСВ практично у всіх сферах локального соціального життя на дві великі групи – мінімальну, у своєму кількісному вираженні, – групу власних (самоврядних) повноважень ОМСВ і максимальну по кількості (приблизно у відношенні одне самоврядне повноваження до трьох делегованих) – групу делегованих повноважень органів виконавчої влади (*критерій нерівномірності в нормуванні повноважень. – Авт.*), що:

а) тимчасово передаються на рівень ОМСВ (*темпоральний критерій. – Авт.*);

б) можуть бути в будь-який час відкликані (повернуті) виконавчою владою назад на свій рівень (при тому, що за своєю правовою і функціональною природою вони можуть бути реалізованими тільки на локальному рівні функціонування соціуму і тільки ОМСВ) (*критерій нестійкості. – Авт.*);

в) за які ОМСВ є підконтрольними та підзвітними виконавчій владі (*критерій субординаційності. – Авт.*);

3) виникнення конкуруючої компетенції між ОМСВ різного рівня, а також між ОМСВ та місцевими органами виконавчої влади (*критерій конфліктогенності. – Авт.*);

4) виникнення інших явищ колізійного характеру в сфері МСВ та взаємовідносин ОМСВ різного рівня та ОМСВ з органами виконавчої влади на місцях, що підсилює конфліктогенний потенціал відносин в сфері публічної влади (наприклад, невідповідність внутрішньодержавного регулювання правового статусу МСВ міжнародно-правовим зобов'язанням держави, що витікають з підписаних нею міжнародних договорів) (*критерій відсутності врахування комплексності в правовому регулюванні. – Авт.*).

Отже, наведений підхід законодавця, крім того, що закладає суттєвий конфліктогенний потенціал у існування компетенційних повноважень МСВ та його органів, зумовлює можливість виникнення муніципально-правових конфліктів колізійної природи – наявність повного дублювання повноважень ОМСВ різного рівнів, а також повноважень ОМСВ та органів виконавчої влади на місцях, що веде до «компетенційного хаосу»; виникнення в результаті цього «конкуруючої компетенції» серед наведених суб'єктів тощо, – також практично формує відповідну недовіру до МСВ як інституту публічної влади, особливо в компетенційно-управлінській сфері, що унеможливує ефективну реалізацію ОМСВ своїх управлінських можливостей у локальному соціумі та відповідним чином нівелює належну правосуб'єктність самої ТГ.

По-третє, багато в чому конфліктогенні мотиви закладені і у виникненні нової управлінської парадигми – компетенції самих ОМСВ, наявність якої тривалий час не була визнана в доктрині національного адміністративного права (існувала аксіоматична доктринальна позиція, що компетенцією можуть володіти тільки органи держави – ще в радянський період, спираючись на принцип демократичного централізму, який визначав основоположні підходи до визначення та розподілення управлінсько-компетенційних відносин, фахівці вбачали повноваження місцевих Рад народних депутатів органічним продовженням і деталізацією компетенції вищих органів державної влади і управління. – Авт.), і ця позиція була зруйнована тільки в наш час, завдяки неоднозначному процесу запозичення теорії публічного управління (*критерій доктринальної невирішеності найважливіших питань МСВ.* – Авт.).

І навіть після визнання наявності компетенції ОМСВ на конституційно-правовому рівні у вигляді їх повноважень, визначених законом (див. ч. 1 ст. 144 Конституції України), а потім у профільному законодавчому акті (Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р.²) – у вигляді відповідних предметів відання, тобто сфер соціального життя, в яких ОМСВ здійснюють свою діяльність, в яких вони є компетентними – феноменологія компетенції МСВ та його органів розглядається як деяка нестійка, вторинна категорія, що не є рівною компетенції органів держави.

По-четверте, не зважаючи на те, що законодавцем у процесі прийняття Конституції України 1996 р. та профільного законодавчого акта було вирішено найважливіше питання управлінського дискурсу в сфері здійснення публічної влади держави – визнання і легалізація власної, окремої, самостійної компетенції ОМСВ, – в нормопроектуюванні (законопроектуюванні) та нормотворчості (законотворчості) залишається хибна методологічна позиція щодо усвідомленого дублювання повноважень ОМСВ різних рівнів, ОМСВ та органів виконавчої влади, яка в обов'язковому порядку повинна бути усунена в процесі муніципальної реформи в Україні, бо не враховує особливості та можливості здійснення МСВ та виконавчої влади на різних рівнях публічного управління (*критерій низької якості загального нормо(законо)проектуювання і загальної нормо(законо)творчості.* – Авт.)

Яскравим прикладом такого стану справ є те, що не зважаючи на розвиток феноменології компетенції МСВ та його органів (представницьких і виконавчих) у процесі муніципальної реформи (наприклад, розширення їх прав у самостійному вирішенні питань бюджетного регулювання, управління земельними ресурсами, містобудівництва тощо), на появу фактично нових сфер відання ОМСВ через їх встановлення та одночасного встановлення відповідних повноважень в таких сферах (наприклад, повноважень ОМСВ у наданні безоплатної правової допомоги) наведені вище методологічні вади залишаються, що суттєво знижує ефективність діяльності ОМСВ у профільній сфері.

По-п'яте, на нашу думку, право ОМСВ на пріоритетне надання безоплатної правової допомоги витікає із системного тлумачення ст. 3 профільного Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р.³, згідно з якою це право виступає гарантованою Конституцією України можливістю фізичних осіб, які володіють різним правовим станом – громадянина України, іноземця, особи без громадянства, у тому числі біженця чи особи, яка потребує додаткового захисту, отримати в повному обсязі безоплатну первинну правову допомогу, а також можливість певної категорії осіб отримати безоплатну вторинну правову допомогу у випадках, передбачених цим Законом.

Отже, виходячи із локального характеру реалізації повноважень ОМСВ всі наведені категорії фізичних осіб (громадяни України, іноземці, апатриди, у тому числі біженці чи особи, які потребують додаткового захисту) мають звертатися за додатковим захистом до органів публічної влади, що функціонують на найближчому до них рівні, тобто фактично до ОМСВ. Крім того, враховуючи той факт, що конституційно-правовий статус людини (особистості) і громадянина реалізується на рівні МСВ⁴, саме ОМСВ повинні вибудувати таку локальну систему захисту прав людини в ТГ. Більш того, перелік питань, з яких члени ТГ потребують безоплатної правової допомоги, напряму торкається життєвих обставин, що виникають у них в процесі повсякденності, тому вони, зважаючи на їх номосні, топусні і локусні (просторово-екзистенційні) пріоритети і детермінанти, проявляються на рівні ТГ та в межах МСВ, що дає додатковий аргумент до обґрунтування надання такої допомоги саме з боку ОМСВ.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Необхідно зазначити, що актуальні питання щодо вдосконалення надання ОМСВ України БППД членам ТГ напряму пов'язані з конституційно-правовими та адміністративно-правовими проблемами управлінського характеру. У більш детальному аспекті вони зв'язані з дослідженнями компетенційних прав, обов'язків, а саме повноважень органів публічної влади, що досліджувалися в роботах визначних вітчизняних правознавців – державознавців і конституціоналістів дореволюційного, радянського та сучасного періодів: М.М. Коркунова, М.А. Рейснера, С.А. Авак'яна, С.С. Алексеєва, М.В. Баглая, М.І. Байтіна, Г.В. Барабашева, А.О. Безуглова, Ю.М. Козлова, О.О. Кутафіна, М.О. Шафіра, К.Ф. Шере-

мета; українських учених-конституціоналістів, адміністративістів, муніципалістів М.О. Баймуратова, О.В. Батанова, Ю.П. Битяка, І.П. Бутка, М.П. Воронова, Р.К. Давидова, В.М. Кампа, М.І. Козюбри, В.В. Копейчикова, М.І. Корнієнка, В.В. Кравченка, В.Ф. Кузнецової, П.М. Любченка, В.Ф. Мелашенка, В.Ф. Опришка, М.П. Орзіх, В.Ф. Погорілка, О.В. Приєшкіної, М.О. Пухтинського, А.О. Селіванова, Є.А. Тихонової, А.Ф. Ткачука, О.Ф. Фрицького, Л.П. Юзькова; сучасних науковців ближнього і дальнього зарубіжжя Ч. Адріана, Р. Аграноффа, М.С. Бондаря, В.І. Васильєва, В.Б. Євдокимова, С. Монтіна, М.В. Постового, Я.Ю. Старцева, А.І. Черкасова, В.Є. Чиркіна, К.С. Шугріної та ін. Особливу увагу треба приділити науковим працям тих вітчизняних авторів, які досліджували актуальні питання формування і реалізації права громадян на правову допомогу в Україні – С.П. Добрянського, В.О. Котюка, П.М. Рабіновича, О.Ф. Скакун та ін.; проблем законодавчого регулювання конституційного права на правову допомогу – Ю.Т. Шрамко; розробляли проблематику компетенції МСВ та ОМСВ, причому, як в умовах їх ординарної діяльності, так і в умовах муніципального реформування, зокрема І.В. Балобанової, Ю.В. Бойко (Камардіної), Є.О. Василькової, Є.О. Васильєва, В.О. Величко, В.П. Гробої, Н.В. Камінської, О.О. Кравця, А.Р. Крусян, Н.В. Мішиної, Т.С. Смирнової.

Разом із тим слід зазначити, що вказані фахівці безпосередньо не досліджували актуальні питання в сфері організації та здійснення ОМСВ БППД жителям-членам ТГ у зв'язку з об'єктивними обставинами. Причиною такого стану справ стала, по-перше, відсутність на той час відповідних повноважень ОМСВ в профільній сфері в законодавстві України про місцеве самоврядування; по-друге, профільна проблематика є актуальною і контекстуалізованою саме в розумінні повсякденної діяльності ОМСВ щодо захисту ними прав і свобод людини (особистості) та такою, що скерована на дослідження якісно нових аспектів діяльності органів публічної влади.

Тому **метою цієї статті** є дослідження актуальних питань вдосконалення надання органами місцевого самоврядування України безоплатної первинної правової допомоги членам територіальної громади.

Виклад основного матеріалу. Для розуміння сутності питань, що виникають в процесі надання ОМСВ України БППД, членам ТГ необхідно звернути увагу на положення профільного законодавчого акта – Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р. У його розділі II «Надання безоплатної первинної правової допомоги» ст. 7 містить поняття БППД, яка тлумачиться як вид державної гарантії, що полягає в інформуванні особи про її права і свободи, порядок їх реалізації, відновлення у випадку їх порушення та порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, ОМСВ, посадових і службових осіб. Тобто предметом-об'єктом БППД виступають:

а) права і свободи особи (людини) (конститууюча складова БППД. – Авт.);

б) порядок їх реалізації (процесуально-правова складова БППД. – Авт.);

в) відновлення таких прав і свобод особи у випадку їх порушення (стратегічно-телеологічна складова БППД. – Авт.);

г) порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, ОМСВ, посадових і службових осіб (процедурно-функціональна складова. – Авт.).

Пункт 2 цієї статті містить види (своєрідний кадастр) правових послуг, що включаються до БППД та можуть бути визначені за допомогою відповідних критеріальних ознак онтологічно-функціональної і структурно-гносеологічної властивості а саме:

надання правової інформації (інформаційний критерій. – Авт.);

2) надання консультацій і роз'яснень з правових питань (консультативно-роз'яснювальний критерій. – Авт.);

3) складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (крім документів процесуального характеру) (функціонально-формалізований критерій. – Авт.);

3-1) надання консультацій, роз'яснень та підготовка проектів договорів користування земельними ділянками (оренда, суборенда, земельний сервітут, емфітевзис, суперфіцій) для сільського населення – власників земельних ділянок (земельно-облігаторний критерій. – Авт.);

4) надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації (профільно-допоміжний критерій. – Авт.).

Системний аналіз наведених видів БППД свідчить, що таку спеціалізовану допомогу об'єктивно можуть надавати тільки особи, які володіють професійними знаннями в сфері юриспруденції, тобто дипломовані юристи-правознавці. Отже, насамперед проявляється і актуалізується проблема, по-перше, появи достатньо високих професійних вимог до кадрового забезпечення надання такої БППД і, по-друге, проблема забезпечення БППД такими кваліфікованими професійними кадрами.

Стаття 8 наведеного профільного законодавчого акта регламентує коло суб'єктів права на БППД – всі особи, які перебувають під юрисдикцією України. Тобто всі фізичні особи, які мають різний правовий стан (громадяни, іноземці, біженці тощо) та законно перебувають (знаходяться і проживають) на території держави, мають право звернутися за такою допомогою. Це, на наш погляд, актуалізує проблематику не тільки і не стільки відповідної організаційної діяльності ОМСВ щодо підготовки до надання БППД членам ТГ, що володіють різним правовим станом (включаючи задоволення потреб у роботі перекладачів та інших технічних працівників), хоча, враховуючи інтенсифікацію міграційних потоків у державі, ця проблематика має актуальний характер, скільки залучення фахівців з іноземного законодавства та міжнародного права, що розуміються в нормах права зарубіжних держав, проблематиці міжнародного приватного і публічного права, які будуть проявлятися в процесі надання БППД.

У ст. 9 профільного Закону встановлено перелік суб'єктів надання БППД, до кола яких належать:

- 1) органи виконавчої влади;
- 2) органи місцевого самоврядування;
- 3) фізичні та юридичні особи приватного права;
- 4) спеціалізовані установи;
- 5) центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Вважаємо, що велика кількість наведених суб'єктів, з одного боку, забезпечує реальні можливості для надання БППД широкому колу жителів-членів ТГ, а з іншого, – свідчить про можливість виникнення відповідних явищ конкуруючої компетенції в наданні такого виду допомоги між зазначеними суб'єктами, що потребує свого превентивного вирішення. Враховуючи таку можливість, вважаємо за потрібне знову зазначити особливу роль ОМСВ у наданні БППД, враховуючи:

а) переваги їх наближення до членів ТГ як органів публічної влади і управління;

б) більш глибоке їх занурення у локальну проблематику повсякденності існування ТГ та знання форм життя, що використовуються і реалізуються її членами у процесі свого життєвого циклу одночасно зі свободами і правами людини (особистості) (просторово-екзистенційні ознаки номосу, топусу, локусу. – Авт.);

в) їх можливість більш якісного визначення (сепарування) питань юридичного характеру, які виникають у членів ТГ і таких, що потребують свого вирішення в рамках надання БППД;

г) наявність більш детального і конкретного законодавчого визначення повноважень (компетенції) ОМСВ в наданні БППД у Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р.

Треба зазначити, що системний аналіз компетенції ОМСВ у реалізації БППД, який можна зробити на основі аналізу ст. 38-1 профільного Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», дає можливість визначити:

– по-перше, новелістичний характер доповнень до цього законодавчого акта, що були внесені 2 червня 2011 р.;

– по-друге, профільний предмет відання ОМСВ, тобто фактично сферу соціального життя, в якій ОМСВ є компетентними. Отже, йдеться про формування нової постійної, ординарної та сталої сфери функціонування ОМСВ;

– по-третє, профільні повноваження ОМСВ у цій сфері, що набувають ординарного та повсякденного характеру та потребують свого організаційного і організаційно-правового супроводження і забезпечення;

– по-четверте, це дає змогу констатувати, що виникає об'єктивна потреба порівняння профільних повноважень ОМСВ з аналогічними повноваженнями інших суб'єктів надання БППД, зокрема, з органами виконавчої влади; фізичними та юридичними особами приватного права; спеціалізованими установами та центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги – на предмет їх кількісної та якісної характеристик, обсягів повноважень, умов їх реалізації, можливостей синергізації та кооперації профільних повноважень тощо. Тобто йдеться не про конкуренцію, а про координацію діяльності з метою надання членам ТГ більш якісних послуг під час надання БППД.

У процесі такого порівняння, застосовуючи власні повноваження ОМСВ у сфері надання БППД (самоврядні повноваження виконавчих органів сільських, селищних, міських рад) у профільній сфері, можна визначити перелік організаційних та організаційно-правових форм такої діяльності, що, з одного боку, скеровані на організацію БППД, а з іншого, – демонструють взаємини ОМСВ з іншими суб'єктами надання БППД, а саме:

– утворення ОМСВ в установленому порядку установ з надання БППД з урахуванням потреб ТГ – тут може йтися про необхідність узгодження цих питань з місцевими органами виконавчої влади, зокрема з територіальними органами Міністерства юстиції України;

– підготовка і внесення на розгляд ради пропозицій щодо утворення установ з надання БППД, вирішення питань про чисельність працівників таких установ, про витрати на їх утримання, здійснення матеріально-технічного забезпечення їх діяльності, надання для їх функціонування необхідних приміщень – тут може йтися як про самостійну поведінку представницьких і виконавчих ОМСВ, що здійснюється ними в межах власних повноважень, так і про необхідність узгодження цих питань з місцевими органами виконавчої влади, зокрема з обласними і районними державними адміністраціями;

– забезпечення координації діяльності установ з надання БППД на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці – тут може йтися про необхідність узгодження цих питань з місцевими органами виконавчої влади, зокрема з місцевими органами виконавчої влади – з обласними і районними державними адміністраціями, територіальними органами Міністерства юстиції України (центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги), а також з іншими суб'єктами – фізичними та юридичними особами приватного права та спеціалізованими установами;

– здійснення фінансування установ з надання БППД та контролю за використанням коштів такими установами за призначенням – тут йдеться про самостійну поведінку ОМСВ, що здійснюється ними в межах власних повноважень;

– розгляд письмових звернень про надання БППД та надання такої допомоги з питань, що належать до їх компетенції, відповідно до закону – йдеться про самостійну поведінку ОМСВ, що здійснюється ними в межах власних повноважень через створені ними відповідні структури профільної спрямованості;

– надання роз'яснень положень законодавства та консультацій щодо порядку звернення про надання БППД – йдеться про самостійну поведінку ОМСВ, що здійснюється ними в межах власних повноважень через створені ними відповідні структури профільної спрямованості;

– забезпечення особистого прийому осіб для надання БППД – йдеться про самостійну поведінку ОМСВ, що здійснюється ними в межах власних повноважень через створені ними відповідні структури профільної спрямованості;

– залучення на підставі договорів адвокатів, фізичних та юридичних осіб приватного права до надання БППД – йдеться про самостійну поведінку ОМСВ, що здійснюється ними в межах власних повноважень або через створені ними відповідні структури профільної спрямованості, або за допомогою фізичних та юридичних осіб приватного права;

– координація діяльності з місцевими органами виконавчої влади та територіальними органами центральних органів виконавчої влади щодо надання БППД – тут може йтися про необхідність обов'язкового узгодження (співвіднесення) цих питань з місцевими органами виконавчої влади, зокрема з місцевими державними адміністраціями і територіальними органами Міністерства юстиції України;

– надання документів та інших матеріалів або їх копій, необхідних у зв'язку з наданням БППД – йдеться про самостійну поведінку ОМСВ, що здійснюється ними в межах власних повноважень або через створені ними відповідні структури профільної спрямованості;

– організація семінарів, конференцій з питань БППД – йдеться про самостійну поведінку ОМСВ, що здійснюється ними в межах власних повноважень або через створені ними відповідні структури профільної спрямованості.

Крім того, ч. 2 ст. 38-1 Закону містить положення про те, що виконавчі органи сільських, селищних, міських рад взаємодіють з центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги, які створюються Міністерством юстиції України (див. ст. 16 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р.) та надають їм сприяння в межах своїх повноважень. Отже, закон прямо вказує на необхідність такої взаємодії з метою підвищення ефективності діяльності органів публічної влади щодо надання безоплатної правової допомоги в межах ТГ.

Крім того, необхідно зазначити, що деталізацію та конкретизацію наведених вище положень містить ст. 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р., системне тлумачення положень якої дає змогу не тільки з'ясувати сутність, суспільну значимість та змістовне наповнення цієї діяльності ОМСВ, а й визначити створювану цим законом управлінську та діяльнсько-функціональну парадигму щодо системного надання БППД членам ТГ. А звідси виникає проблематика належного організаційного і організаційно-правового супроводження і забезпечення ОМСВ та іншими суб'єктами надання БППД такої діяльності в ТГ.

Отже, треба зазначити, що в рамках ОМСВ повинна бути розроблена, формалізована та запущена в дію система організаційного і організаційно-правового забезпечення БППД за рахунок формування відповідного управлінського алгоритму – «повноваження – кадри – матеріально-фінансові ресурси», що базується на синергії дій представницьких та виконавчих ОМСВ щодо, з одного боку, розробки необхідного кадастру форм організаційної діяльності стосовно організації та реалізації надання БППД; забезпечення виконання профільних повноважень ОМСВ через застосування відповідного кадрового потенціалу (питання вирішують виконавчі ОМСВ), а з іншого, – нормативно-правового забезпечення діяльності профільних структур ОМСВ, що реалізують надання БППД, та їх належного матеріально-фінансового й іншого ресурсного забезпечення (питання вирішують представницькі ОМСВ).

Разом із тим, треба враховувати, що профільний законодавчий акт про надання БППД вже апіорі закладає колізійність відносин між суб'єктами надання БППД, тому виникає проблема розмежування повноважень між ними. Насамперед цікавить система координат, що формується навколо взаємовідносин профільних структур ОМСВ, які здійснюють діяльність щодо надання БППД, з іншими суб'єктами надання БППД, а саме: з органами виконавчої влади, що представлені державними адміністраціями (обласні і районні) на місцях, а також місцевими (територіальними) органами Міністерства юстиції України; фізичними та юридичними особами приватного права; спеціалізованими установами; центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Враховуючи наявність відповідного конфліктогенного потенціалу навколо надання БППД між профільними суб'єктами та практично дублювання повноважень у досліджуваній сфері, а виходячи з цього – реальної можливості виникнення конкуруючої компетенції, що буде нівелювати зусилля держави та МСВ у такій важливій соціальній сфері, вважаємо за потрібне визначити відповідні принципи надання БППД жителям-членам ТГ, виходячи саме з пріоритетності ролі й значення діяльності ОМСВ в існуванні і функціонуванні територіальної людської спільноти.

Насамперед треба зазначити, що треба визнавати в процесі здійснення профільної діяльності такі основоположні настанови, які витікають з положень ст. 10 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», а саме:

а) абсолютне право кожної людини звертатись за наданням БППД до будь-якого суб'єкта надання БППД, що визначений законом;

б) дотримання в процесі надання БППД основоположних прав і свобод людини (особистості);

в) абсолютне дотримання органами виконавчої влади та ОМСВ часових рамок щодо надання профільних послуг: а) у разі письмового звернення до них осіб про надання будь-якого з видів правових послуг, передбачених цим Законом, з питань, що віднесені до їх повноважень, вони зобов'язані надати такі послуги протягом 30 календарних днів з дня надходження звернення; б) якщо у зверненні особи міститься лише прохання про надання відповідної правової інформації, така правова допомога надається не пізніше 15-денного терміну з дня отримання звернення;

г) надання такої допомоги повинно бути дійсно безоплатним, включаючи видачу особам бланків заяв, звернень, запитів, довідок, інших документів, подання яких передбачено законодавством для реалізації прав і свобод людини і громадянина;

г) здійснення відповідного автоматичного заміщення в рамках надання БППД суб'єктів надання такої допомоги – тобто якщо питання, порушені у зверненні, не належать до компетенції органу виконавчої влади чи ОМСВ, до якого надійшло звернення особи, такий орган протягом п'яти календарних днів повинен надіслати це звернення до відповідного органу та повідомити про це особу, яка подала звернення;

д) здійснення відповідного розмежування між безоплатною первинною і вторинною правовою допомогою – тобто якщо під час розгляду звернення про надання БППД буде встановлено, що особа потребує надання безоплатної вторинної правової допомоги, орган виконавчої влади чи ОМСВ, який розглядає звернення, зобов'язаний роз'яснити особі або її законному представникові порядок подання звернення про надання такого виду допомоги;

е) визначення звернень, що потребують надання БППД – тобто звернення, які не стосуються її надання, розглядаються в порядку, встановленому законодавством про звернення громадян;

е) обов'язок всіх суб'єктів надання БППД здійснювати її надання через організацію особистого прийому осіб, які її потребують, що проводиться постійно в установлені дні та години, а графік такого прийому осіб повинен бути доведений до їх відома (див. ст. 11 профільного Закону).

По великому рахунку наведені вище настанови (принципи) надання БППД з боку органів виконавчої влади або ОМСВ поширюється на всіх інших суб'єктів надання БППД, бо:

– по-перше, спеціалізовані установи з надання БППД утворюються самими ОМСВ відповідно до вимог законодавства; вони є неприбутковими організаціями, користуються правами юридичної особи, мають власні бланки, печатку із своїм найменуванням, а також фінансуються за рахунок коштів місцевих бюджетів, інших не заборонених законодавством джерел; їх повноваження та порядок діяльності встановлюються Положенням про установу з надання БППД, яке затверджується на основі Типового положення про установу з надання БППД (див. ст. 12 профільного Закону);

– по-друге, фізичні та юридичні особи приватного права, які відповідно до свого статуту мають право надавати правову допомогу, залучаються до надання БППД саме ОМСВ на договірних засадах на постійній або тимчасовій основі з метою надання первинної правової допомоги на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці; при цьому порядок та критерії залучення ОМСВ юридичних осіб приватного права до надання БППД затверджуються Міністерством юстиції України, а для адвокатів, інших фахівців у відповідній галузі права чи юридичної особи приватного права, з якими укладено договір про надання первинної правової допомоги, встановлено зобов'язання надавати високоякісну допомогу в обсязі та строки, визначені договором (див. ст. 12 профільного Закону).

Системний аналіз викладених основоположних засад (принципів) надання БППД дає можливість стверджувати, що ОМСВ у сфері надання такої допомоги жителям-членам ТГ займають центральне місце, що детерміноване їх безпосередньою можливістю участі в наданні такої допомоги, а також їх ініціативною, організаційною і організаційно-правовою участю в організації БППД з боку інших суб'єктів її надання, що передбачені профільним Законом. Тому основоположним завданням залишається належне забезпечення такого становища за допомогою всього організаційного і нормативного потенціалу, яким володіють ОМСВ, а також за рахунок мотивації жителів-членів ТГ, що потребують надання БППД.

Разом із тим, треба зазначити, що стосовно ОМСВ Міністерство юстиції України в сфері організації надання правової допомоги відіграє методологічну та координуючу роль, тому їх відносини в профільній сфері – наданні БППД та у відносинах з центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги, що створюються безпосередньо Міністерством юстиції України, повинні організовуватись і здійснюватись на основі закону і договору.

Звичайно ж, реалізації такої парадигми сприяють насамперед принципи надання БППД, що закріплені в ст. 5 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р. у вигляді принципів державної політики у сфері надання безоплатної правової допомоги, а саме принципи:

- 1) верховенство права;
- 2) законності;
- 3) доступності безоплатної правової допомоги;
- 4) забезпечення якості безоплатної правової допомоги;
- 5) гарантованого державного фінансування.

Важливою стороною існування, створення і функціонування такої парадигми виступає її нормативна основа у вигляді законодавства України про безоплатну правову допомогу, до якого входить Конституція України, Закон України «Про безоплатну правову допомогу», інші закони України, міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Висновки. Визначення і дослідження актуальних питань вдосконалення надання органами місцевого самоврядування України безоплатної первинної правової допомоги членам територіальної громади дає можливість зробити декілька висновків методологічної та організаційної властивості, а саме:

– надання ОМСВ БППД жителям-членам ТГ виступає достатньо новим компетенційним повноваженням цього рівня органів публічної влади, а зважаючи на його особливу важливість для захисту прав і свобод людини і громадянина, що здійснюється в локальній системі такого захисту прав людини на рівні локальної територіальної спільноти, яка створюється самими ОМСВ, об'єктивно потребує свого вдосконалення, а також подальшого організаційного і організаційно-правового супроводження й забезпечення;

– причинами об'єктивації, актуалізації та контекстуалізації надання БППД саме ОМСВ виступає низка факторів об'єктивного і суб'єктивного характеру в процесі організації такої роботи, до яких можна віднести: а) становлення і розвитку в державі самої системи МСВ європейського зразка; б) особливості офіційного визнання і легалізації розподілу інтересів між двома рівнями публічної влади – публічною державною владою і публічною самоврядною (муніципальною) владою, а також їх втіленням у законопроектіванні і законотворчості; в) конфліктогенні мотиви, що закладено в виникненні нової управлінської парадигми – компетенції самих ОМСВ, наявність якої тривалий час не визнавалась в доктрині національного адміністративного права; г) наявність в управлінському дискурсі в сфері здійснення публічної влади держави – особливо в нормопроектіванні (законопроектіванні) та нормотворчості (законотворчості) хибної методологічної позиції щодо усвідомленого дублювання повноважень ОМСВ різних рівнів, ОМСВ та органів виконавчої влади; г) право ОМСВ на пріоритетне надання БППД, що витікає з системного тлумачення ст. 3 профільного Закону України «Про безоплатну правову допомогу» 2011 р., згідно з якою таке право виступає гарантованою Конституцією України можливістю фізичних осіб, які володіють різним правовим станом – громадянина України, іноземця, особи без громадянства, у тому числі біженця чи особи, яка потребує додаткового захисту, отримати в повному обсязі безоплатну первинну правову допомогу, а також можливість певної категорії осіб отримати безоплатну вторинну правову допомогу у випадках, передбачених цим Законом;

– до аргументів обґрунтування надання БППД саме з боку ОМСВ належать такі: а) локальний характер реалізації повноважень ОМСВ в профільній сфері щодо всіх наведених категорій фізичних осіб (громадяни України, іноземці, апатриди, у тому числі біженці чи особи, які потребують додаткового захисту); б) наведені суб'єкти, які потребують, БППД мають звертатися за додатковим захистом до органів публічної влади, що функціонують на найближчому до них рівні, тобто фактично до ОМСВ; в) наявність того факту, що конституційно-правовий статус людини (особистості) і громадянина реалізується на рівні МСВ і саме ОМСВ повинні вибудовувати таку локальну систему захисту прав людини в ТГ; г) перелік питань, з яких члени ТГ потребують БППД, напряду торкається життєвих обставин, що виникають у них в процесі повсякденності, тому вони, враховуючи на їх номосні, топусні і локусні (просторово-екзистенційні) пріоритети і детермінанти, проявляються на рівні ТГ та в межах МСВ;

– предметом-об'єктом БППД виступають: а) права і свободи особи (людини) (конститууюча складова БППД); б) порядок їх реалізації (процесуально-правова складова БППД); в) відновлення таких прав і свобод особи у випадку їх порушення (стратегічно-телеологічна складова БППД); г) порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, ОМСВ, посадових і службових осіб (процедурно-функціональна складова БППД);

– системний аналіз видів правових послуг (своєрідний їх кадастр), які включаються до БППД та можуть бути надані ОМСВ, свідчить, що таку спеціалізовану допомогу об'єктивно можуть надавати тільки особи, які володіють професійними знаннями в сфері юриспруденції, тобто дипломовані юристи-правознавці. Отже, актуальною проблемою виступають, по-перше, поява достатньо високих професійних вимог до кадрового забезпечення надання такої БППД і, по-друге, проблема забезпечення БППД кваліфікованими професійними кадрами;

– виходячи з того, що коло суб'єктів права на БППД, до якого, згідно з Конституцією України та профільним Законом мають усі особи, які перебувають під юрисдикцією України (громадяни, іноземці, біженці тощо, що законно перебувають (знаходяться і проживають), на території держави) актуалізується проблематика не тільки і не стільки відповідної організаційної діяльності ОМСВ щодо підготовки до надання БППД членам ТГ, які володіють різним правовим станом (включаючи задоволення потреб у роботі перекладачів та інших технічних працівників), скільки залучення фахівців з іноземного законодавства та міжнародного права, що розуміються в нормах права зарубіжних держав, проблематиці міжнародного приватного і публічного права, які будуть проявлятися в процесі надання БППД;

– велика кількість суб'єктів надання БППД, з одного боку, забезпечує реальні можливості для надання БППД широкому колу жителів-членів ТГ, а з іншого, – свідчить про можливість виникнення відповідних явищ конкуруючої компетенції у наданні такого виду допомоги між зазначеними суб'єктами, що також потребує свого превентивного вирішення;

– для запобігання виникненню конфліктів між суб'єктами надання БППД вважаємо за потрібне назначити особливу роль ОМСВ в наданні БППД, враховуючи: а) переваги їх наближення до членів ТГ як органів публічної влади і управління; б) більш глибоке їх занурення у локальну проблематику повсякденності існування ТГ та знання форм життя, що використовуються і реалізуються її членами у процесі свого життєвого циклу одночасно зі свободами і правами людини (особистості); в) їх можливість більш якісного визначення (сепарування) питань юридичного характеру, що виникають у членів ТГ і таких, що потребують свого вирі-

шення в рамках надання БППД; г) наявність більш детального і конкретного законодавчого визначення повноважень (компетенції) ОМСВ в наданні БППД в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р.;

– здійснення порівняльно-правового аналізу повноважень суб'єктів надання БППД, застосовуючи власні повноваження ОМСВ у сфері надання такої допомоги (самоврядні повноваження виконавчих органів сільських, селищних, міських рад) у профільній сфері, дало можливість визначити перелік організаційних та організаційно-правових форм такої діяльності, що, з одного боку, скеровані на організацію БППД, а з іншого, – демонструють взаємини ОМСВ з іншими суб'єктами надання БППД;

– системне тлумачення законодавчих настанов з організації надання правової допомоги, що міститься в профільному Законі України «Про безоплатну правову допомогу» 2011 р., дало можливість: а) визначити основоположні засади (принципи), якими повинні керуватися суб'єкти її надання при реалізації такої діяльності, а також б) обґрунтувати і показати провідну роль ОМСВ в організації, ресурсному забезпеченні, договірній реалізації БППД.

¹ Конституція України: прийнята п'ятою сесією Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 24. Ст. 170.

³ Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577.

⁴ Кофман Б.Я. Роль конституційного права в забезпеченні правового статусу людини, особистості і громадянина в умовах глобалізації: питання теорії та практики : монографія / за ред. М.О. Баймуратова; Інститут законодавства Верховної Ради України. Київ: Вид-во «Людмила», 2019. 355 с. С. 242.

Резюме

Компанієць М.М. Актуальні питання вдосконалення надання органами місцевого самоврядування України безоплатної первинної правової допомоги членам територіальної громади.

Метою цієї статті є дослідження актуальних питань вдосконалення надання органами місцевого самоврядування України безоплатної первинної правової допомоги членам територіальної громади.

Доведено, що надання органами місцевого самоврядування безоплатної первинної правової допомоги жителям-членам територіальної громади виступає достатньо новим компетенційним повноваженням цього рівня органів публічної влади, а враховуючи його особливу важливість для захисту прав і свобод людини і громадянина, що здійснюється в локальній системі такого захисту прав людини на рівні локальної територіальної спільноти, що створюється самими органами місцевого самоврядування, об'єктивно потребує свого вдосконалення, а також подальшого організаційного і організаційно-правового супроводження й забезпечення.

Аргументовано, що причинами об'єктивної, актуалізації та контекстуалізації надання безоплатної первинної правової допомоги саме органами місцевого самоврядування виступає низка факторів об'єктивного і суб'єктивного характеру, що проявляються в процесі організації такої роботи.

Ключові слова: безоплатна первинна правова допомога, місцеве самоврядування, органи місцевого самоврядування, територіальна громада, суб'єкти права на безоплатну первинну правову допомогу, суб'єкти надання безоплатної первинної правової допомоги.

Резюме

Компанієць Н.Н. Актуальные вопросы совершенствования предоставления органами местного самоуправления Украины бесплатной первичной правовой помощи членам территориальной громады.

Целью этой статьи является исследование актуальных вопросов совершенствования предоставления органами местного самоуправления Украины бесплатной первичной правовой помощи членам территориальной громады.

Доказано, что предоставление органами местного самоуправления бесплатной первичной правовой помощи жителям – членам территориальной громады выступает достаточно новым компетенционным полномочием этого уровня органов публичной власти, а учитывая его особую важность в защите прав и свобод человека и гражданина, которая осуществляется в локальной системе такой защиты прав человека на уровне локальной территориальной общности, которая создается самими органами местного самоуправления, объективно требует своего совершенствования, а также дальнейшего организационного и организационно-правового сопровождения и обеспечения.

Аргументировано, что причинами объективации, актуализации и контекстуализации предоставления бесплатной первичной правовой помощи именно органами местного самоуправления выступает ряд факторов объективного и субъективного характера, которые проявляются в процессе организации такой работы.

Ключевые слова: бесплатная первичная правовая помощь, местное самоуправление, органы местного самоуправления, территориальная громада, субъекты права на бесплатную первичную правовую помощь, субъекты оказания бесплатной первичной правовой помощи.

Summary

Mykola Kompaniets. Topical issues of improving the provision of free primary legal assistance to members of a territorial community by local governments of Ukraine.

The purpose of this article is to study topical issues of improving the provision of free primary legal assistance by local governments of Ukraine to members of a territorial community.

It has been proved that the provision of free primary legal aid by local self-government bodies to residents – members of a territorial community is a fairly new competence of this level of public authorities – and, given its particular importance in protecting human and civil rights and freedoms, which is carried out in the local system of such protection human rights at the level of a local territorial community, which is created by the local self-government bodies themselves, objectively requires its improvement, as well as further organizational, organizational and legal support and support.

It is argued that the reasons for the objectification, actualization and contextualization of the provision of free primary legal aid by local governments are a number of factors of an objective and subjective nature, which are manifested in the process of organizing such work, which include: a) the formation and development of the system of local self-government in the state European standard; b) the peculiarities of the official recognition and legalization of the distribution of interests between the two levels of public power – public state power and public self-governing (municipal) power, as well as their embodiment in legislative drafting and lawmaking; c) conflictogenic motives inherent in the emergence of a new management paradigm – the competence of the local self-government bodies themselves, the presence of which was not recognized for a long time in the doctrine of national administrative law; d) the presence in the administrative discourse in the sphere of exercising public power of the state – especially in the drafting of norms (legislation) and rulemaking (legislation) of a false methodological position regarding the deliberate duplication of powers of local government bodies of different levels, local government bodies and executive bodies; e) the right of local governments to the priority provision of free primary legal aid, which follows from the systemic interpretation of Art. 3 of the profile Law of Ukraine “On Free Legal Aid” of 2011, according to which such a right is guaranteed by the Constitution of Ukraine the possibility of individuals with different legal status – a citizen of Ukraine, a foreigner, a stateless person, including a refugee or a person in need of additional protection, to receive free primary legal assistance in full, as well as the possibility of a certain category of persons to receive free secondary legal assistance in the cases provided for by this Law.

Key words: free primary legal aid, local government, local government bodies, territorial community, subjects of the right to free primary legal aid, subjects of providing free primary legal aid.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.25

УДК 342.553

Ю.П. МАКСИМЕНКО

*Юрій Петрович Максименко, аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України, головний юрисконсульт Інституту розведення і генетики тварин імені М.В. Зубця Національної академії аграрних наук України**

ORCID: 0000-0001-8285-7099

СТАТУС І ПОВНОВАЖЕННЯ СІЛЬСЬКИХ, СЕЛИЩНИХ, МІСЬКИХ ГОЛІВ У СИСТЕМІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. З моменту становлення в системі місцевого самоврядування України інституту сільських, селищних, міських голів правовий статус цих осіб істотно не змінився. Це свідчить про те, що конституційна модель місцевого самоврядування з сільським, селищним, міським головою на чолі в основному задовольняла запит суспільства на стабільне місцеве самоврядування. Сьогодні, коли поступово в результаті реформи децентралізації та адміністративно-територіального устрою Україна перетворилася на країну об'єднаних територіальних громад зі значними повноваженнями на місцях, питання удосконалення місцевого самоврядування, пошуку оптимальної її моделі та балансу повноважень між ключовими складовими її системи, як ніколи, лише набирає актуальності.

З часу прийняття Конституції до системи місцевого самоврядування України були віднесені територіальні громади, якими здійснюється місцеве самоврядування в порядку, встановленому законом, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи. В Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» цей перелік було доповнено головною посадовою особою територіальної громади – сільським, селищним, міським головою, якому в системі місцевого самоврядування надано «третє» місце між сільською, селищною, міською радою та виконавчими органами сільської, селищної, міської ради.

Проте чи таке вже проміжне становище посідає сільський, селищний, міський голова в системі місцевого самоврядування України? Адже сільські, селищні, міські ради, до складу яких входять депутати місцевих рад, як представницькі органи місцевого самоврядування наділені законом суттєвими виключними повноваженнями. Також і виконавчі органи місцевого самоврядування наділені законом власними (самоврядними) повноваженнями та делегованими державою повноваженнями органів виконавчої влади. Всіх цих

© Ю.П. Максименко, 2020

* *Yuriy Maksimenko, Postgraduate student of the National University of Life and Environmental science of Ukraine, General Counsel of the Institute of Animal Breeding and Genetics nd. a. M.V. Zubets of NAAS*

повноважень не має сільський, селищний, міський голова. Для пошуку відповіді на постановлене питання шляхом вивчення статусу та повноважень головної посадової особи територіальної громади застосовано систему стримувань і противаг, яка втілена в місцевому самоврядуванні України в принципі розподілу повноважень між представницькими органами місцевого самоврядування (радами), сільськими, селищними, міськими головами та виконавчими органами місцевого самоврядування (виконавчими комітетами, відділами, управліннями та іншими створюваними радами виконавчими органами).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретико-правові питання як місцевого самоврядування України, так і складових його системи та, зокрема, сільських, селищних, міських голів, були предметами досліджень багатьох вітчизняних вчених, зокрема таких науковців, як М.О. Баймуратов, Ю.Ю. Бальцій, О.В. Батанов, І.О. Єлісеєва, К.О. Ємельяненко, Н.В. Камінська, В.М. Кампо, Н.М. Кондрацька, В.В. Копейчиков, В.В. Ладиченко^{16,17,18,19}, П.М. Любченко, С.Г. Серьогіна, М.О. Пухтинський, А.О. Чемерис, В.Д. Шаповал та ін. Наявність значної кількості вчених-юристів та правників-дослідників, які торкалися проблеми статусу сільських, селищних, міських голів, депутатів місцевих рад та виконавчих органів місцевого самоврядування, свідчить про безперечну актуальність і велике значення цього питання. Так, одне з останніх досліджень правового статусу сільських, селищних, міських голів висвітлене І.О. Єлісеєвою за повноваженнями наданими їм Конституцією України та законом у предметному зв'язку з тенденцією децентралізації державної влади¹. Проте дослідження загальної проблеми статусу сільських, селищних, міських голів, їх повноважень та місця в системі місцевого самоврядування України в аспекті механізму стримувань та противаг виконується вперше.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити правове становище та роль у місцевому самоврядуванні України, яку відіграють сільські, селищні, міські голови. А також пошук перспектив подальшого розвитку інституту сільських, селищних, міських голів у системі місцевого самоврядування України з метою дотримання балансу влади цих головних посадових осіб територіальної громади в ракурсі розподілу повноважень між представницьким (радою) та виконавчими органами місцевого самоврядування.

Виклад основного матеріалу. Починаючи з 1996–1997 рр., коли Конституцією України² та Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні»³ було введено найменування головної посадової особи місцевого самоврядування – «сільський, селищний, міський голова», йому були законом відведено усі розпорядчі функції, які до цього часу належали до компетенції виконавчого комітету як виконавчого і розпорядчого органу місцевої ради. Однак у 1996–1997 рр. відбулась не «революція становлення сільських, селищних, міських голів», а скоріш констатація факту, що склалась ще на початку 90-х рр., коли на підставі Закону УРСР «Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування» від 7 грудня 1990 р.⁴ посади голів рад були суміщені з посадами голів виконавчих комітетів. Тоді голови рад-виконкомів обиралися з депутатів ради. А з 1994 р. на підставі Закону України «Про формування місцевих органів влади і самоврядування»⁵ голови рад-виконкомів сільських, селищних, міських рад стали обиратись безпосередньо населенням. Таким чином прослідковується еволюція голів рад-виконкомів у сільських, селищних, міських радах народних депутатів до статусу сільських, селищних, міських голів територіальних громад.

Для розуміння місця, яке посідає сільський, селищний, міський голова в «триалістичній» системі структурних елементів місцевого самоврядування «рада–голова–виконавчі органи», на нашу думку, необхідно дослідити статус цих посадових осіб. Так, сільський, селищний, міський голова є посадовою особою місцевого самоврядування, який, як і Президент України, народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим і місцевих рад наділений представницьким мандатом в результаті його обрання безпосередньо населенням територіальної громади⁶.

Тож, враховуючи, що система стримувань і противаг в діяльності органів місцевого самоврядування досліджується вперше, досить логічним є застосування до триалістичної моделі місцевого самоврядування «рада–голова–виконавчі органи» аналогії з тригільковою системою державних органів «парламент–президент–уряд». Аналогію порівняння сільських, селищних, міських голів як глав територіальних громад з Президентом України, як главою держави, навела С.Г. Серьогіна⁷. Зокрема, майже аналогічними є повноваження глави держави і місцевого голови у нормотворчій сфері – право вето і право на промульгацію нормативних актів. Президент України підписує закони України, прийняті парламентом, а місцевий голова – рішення відповідної ради. Президент України має право протягом 15 днів після отримання закону повернути його зі своїми вмотивованими і сформульованими пропозиціями до Верховної Ради України для повторного розгляду, а місцевий голова може зупинити рішення відповідної ради у 5-денний строк з моменту його прийняття і внести на повторний розгляд із обґрунтуванням зауважень.

Значні паралелі простежуються і в номінаційних повноваженнях глави держави і місцевих голів. Зокрема, Президент України узгоджує з парламентом кандидатуру на пост Прем'єр-міністра України, а місцеві голови вносять на розгляд ради пропозиції про кількісний і персональний склад виконавчого комітету.

І Президент України, і місцеві голови отримують мандат довіри безпосередньо від виборців, що зумовлює наявність у них широких представницьких повноважень. Президент України укладає міжнародні договори від імені України, а місцеві голови укладають відповідно до законодавства договори від імені територіальної громади, ради та її виконавчого комітету. Президент України проголошує всеукраїнський референдум, а місцеві голови скликають загальні збори громадян за місцем проживання.

Глава держави і місцеві голови посідають провідне місце в механізмі підтримання законності, зокрема виступають ефективною гарантією проти необґрунтованих, незаконних рішень представницьких органів. Президент має право на звернення до Конституційного Суду України щодо визнання неконституційними правових актів, прийнятих парламентом, а місцевий голова звертається до суду щодо визнання незаконними актів інших органів місцевого самоврядування, місцевих органів виконавчої влади, підприємств, установ та організацій, які обмежують права та інтереси територіальної громади, а також повноваження ради та її органів.

Інша наукова думка присутня і щодо порівняння сільського, селищного, міського голови з повноваженнями Голови Верховної Ради України¹. Для порівняння, Голова Верховної Ради України має такі повноваження: веде засідання Верховної Ради України; організовує підготовку питань до розгляду на засіданнях Верховної Ради України; підписує акти, прийняті Верховною Радою України; представляє Верховну Раду України у зносинах з іншими органами державної влади України та органами влади інших держав; організовує роботу апарату Верховної Ради України (ч. 2 ст. 88 Конституції). Як стверджує І.О. Єлісєєва, якщо абстрагуватись та привести до єдиного масштабу ці дві посадові особи, порівнявши обсяги їхніх повноважень, варто зазначити, що сільський, селищний, міський голова має більше владних повноважень на своєму рівні, ніж Голова Верховної Ради України на своєму.

До особливостей правового статусу сільських, селищних, міських голів варто віднести ще й той факт, що згідно з частиною п'ятою ст. 12 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» на них поширюються повноваження та гарантії депутатів рад, передбачені законом про статус депутатів рад³.

Про деякі особливості правового статусу сільських, селищних, міських голів зробив роз'яснення також і Конституційний Суд України⁸. Зокрема, орган конституційної юрисдикції констатує, що у системі місцевого самоврядування України має місце певна субординація її елементів – територіальної громади, ради, її виконавчих органів із збереженням відповідного розмежування їх прав і повноважень. Чинний Закон визначає сільського, селищного, міського голову як посадову особу, яка очолює не тільки виконавчий комітет, а й всю систему виконавчих органів відповідної ради, керівники яких несуть перед головою персональну відповідальність, що узгоджується з частиною другою ст. 141 Конституції України.

За Конституцією України (частина друга ст. 141) сільський, селищний, міський голова обирається відповідною територіальною громадою для того, щоб очолювати виконавчий орган ради та головувати на її засіданнях. Ці функції визначають сільського, селищного, міського голову передусім як посадову особу виконавчого органу ради та самої ради, їй підзвітну та перед нею відповідальну як за роботу виконавчого органу ради, так і за організацію роботи самої ради. Закон не обмежує повноваження сільського, селищного, міського голови лише головуванням на засіданнях ради, а покладає на нього й інші повноваження, аналогічні тим, які має, наприклад, голова районної, обласної ради. Передусім це організація роботи ради, керівництво її апаратом, формування порядку денного цієї ради, укладення від імені ради договорів з питань, віднесених до виключної компетенції ради, представництво ради у відносинах з державними органами та іншими органами місцевого самоврядування тощо (частина третя ст. 42 Закону).

З огляду на все вищевказане варто погодитись із висновком І.О. Єлісєєвої¹, що за чинним законодавством України, сільський, селищний, міський голова є:

- 1) невід'ємним елементом системи місцевого самоврядування в Україні;
- 2) основною посадовою особою відповідної територіальної громади, яка обирається нею на основі загального, рівного, прямого виборчого права шляхом таємного голосування на визначений Конституцією строк;
- 3) посадовою особою місцевого самоврядування, на яку поширюються повноваження та гарантії депутатів рад, передбачені законом про статус депутатів рад;
- 4) головою виконавчого органу ради – за Конституцією;
- 5) головою ради – за повноваженнями, наданими Законом;
- 6) головою відповідної територіальної громади – за сукупністю повноважень, визначених Конституцією і наданих Законом.

Тобто за наданими повноваженнями посада сільського, селищного, міського голови є дійсно основною посадою відповідної територіальної громади.

Таким чином, сільський, селищний, міський голова є: головою виконавчого органу відповідної ради – за Конституцією, головою ради – за повноваженнями, наданими йому Законом, та головою територіальної громади – за сукупністю усіх повноважень, що визначає його статус і за Конституцією, і за Законом.

Науковці⁹ повноваження сільських, селищних, міських голів поділяють на такі підгрупи:

➤ Повноваження організаційно-розпорядчого характеру – головує на засіданнях ради, очолює її виконавчий комітет; організує роботу ради та виконкому; підписує їх рішення; вносить на розгляд ради пропозиції щодо структури і штатів виконавчих органів ради, її апарату та виконкому; скликає сесії ради, формує порядок денний сесій, головує на пленарних засіданнях; забезпечує підготовку на розгляд ради проектів програм соціально-економічного та культурного розвитку, місцевого бюджету та звіту про його виконання, оприлюднює затверджені радою програми, бюджет, звіти про їх виконання; є розпорядником бюджетних коштів.

➤ Повноваження щодо забезпечення прав і свобод громадян – веде особистий прийом громадян; забезпечує на відповідній території додержання законодавства щодо розгляду звернень громадян та їх об'єднань; скликає загальні збори громадян за місцем проживання; забезпечує виконання рішень місцевого референдуму.

➤ Кадрові повноваження – вносить на розгляд ради пропозицію щодо кандидатури на посаду секретаря ради, пропозиції про кількісний і персональний склад виконкому; призначає та звільняє з посад керівників виконавчих органів ради, підприємств, установ та організацій, що належать до комунальної власності.

➤ Представницькі повноваження – представляє територіальну громаду, раду та її виконавчий комітет у відносинах з органами публічної влади, об'єднаннями громадян, підприємствами, установами та організаціями, громадянами, а також у міжнародних відносинах.

➤ Контрольні повноваження – має право зупинити рішення ради із обґрунтуванням зауважень; зупинити рішення виконавчого комітету з винесенням цього питання на розгляд ради; порушувати питання про дострокове припинення повноважень ради за рішенням місцевого референдуму.

➤ Інші повноваження місцевого самоврядування, визначені чинним законодавством України, якщо вони не віднесені до виключних повноважень ради або не віднесені радою до відання її виконавчих органів.

П.М. Любченко¹⁰, досліджуючи компетенцію сільських, селищних, міських голів, також навіть подібну класифікацію їхніх повноважень: повноваження організаційного характеру щодо ради і її виконавчих органів; повноваження по забезпеченню прав і свобод громадян; кадрові повноваження; розпорядчі повноваження; представницькі повноваження, здійснення інших повноважень. А також доповнив перелік, вказавши ще такі види повноважень, як:

– повноваження в рамках системи «стримувань і противаг»: зупиняє рішення ради в п'ятиденний строк з моменту його прийняття із обґрунтуванням зауважень; зупиняє рішення виконавчого комітету ради і вносить це питання на розгляд відповідної ради; порушує питання про дострокове припинення повноважень сільської, селищної, міської, районної в місті ради за рішенням місцевого референдуму;

– делеговані повноваження: забезпечує здійснення у межах наданих законом повноважень органів виконавчої влади на відповідній території, додержання Конституції та законів України, виконання актів Президента України та відповідних органів виконавчої влади.

Існує і більш проста класифікація повноважень сільського, селищного, міського голови¹¹:

– організаційні (скликання і організація засідань, формування порядку денного, інформування громадськості, координація роботи апарату ради, звітування про свою роботу і роботу виконавчих органів ради тощо);

– розпорядчі (витрачання бюджетних коштів, укладення угод, отримання і передача майна тощо);

– кадрові (прийняття і звільнення керівників виконавчих органів, комунальних установ і підприємств);

– представницькі (представництво ради перед третіми особами, звернення із скаргами та позовами в інтересах ради та громади, сприяння в захисті прав і дотриманні закону).

Таким чином, здійснивши аналіз зазначених повноважень згідно з чинним законодавством, можна зробити наступний висновок, що сільський, селищний, міський голова в якості інструментів стримування і противаг має наступні права та повноваження.

➤ «Право на головування» – це виключне право сільського, селищного, міського голови, закріплене за ним в Конституції України, на головування на пленарних засіданнях ради та засіданнях виконавчого органу, який він очолює – виконавчого комітету. При цьому це право є одночасно і основним обов'язком сільського, селищного, міського голови, від якого він не може відмовитись або перекласти на когось іншого, адже законом прямо передбачено, що саме голова скликає сесії ради та засідання виконавчого комітету, формує порядок денний та організує роботу цих ключових органів. Тільки відсутність голови на пленарному засіданні ради або засіданні виконавчого комітету, у разі неможливості ним виконувати свої посадові обов'язки, є підставою для прийняття головування секретарем ради на сесії сільської, селищної, міської ради та згідно з розподілом обов'язків між заступниками сільського, селищного, міського голови і керуючим справами (секретарем) на засіданні виконавчого комітету.

➤ «Право на виключне подання» («право на виключну пропозицію») – це виключне право голови на подання до розгляду на пленарних засіданнях ради пропозицій з питань щодо утворення виконавчого комітету ради, визначення його чисельності, затвердження персонального складу, внесення змін до складу виконавчого комітету та його розпуск¹⁹, утворення інших виконавчих органів ради та затвердження їх структури в цілому, загальної чисельності апарату ради та її виконавчих органів, витрат на їх утримання (п. п. 3, 5, 6 частини першої ст. 26, п. п. 4, 5, 6 частини третьої ст. 42 Закону³). Тобто рада може лише затвердити або відхилити запропоновані головою пропозиції з цих питань, але самостійно вирішувати ці питання без подання пропозицій голови не має права.

➤ «Право на подання першої пропозиції» («перше право») – це право голови на подання пропозиції щодо кандидатури на посаду секретаря ради, яку спершу подає голова (п. 4 частини першої ст. 26, п. 4 частини третьої ст. 42 Закону³). У випадку відхилення пропозиції голови право на подання пропозиції щодо кандидатури секретаря ради може вноситися на розгляд ради не менш як половиною депутатів від загального складу відповідної ради (п. 2 частини першої ст. 50 Закону³).

➤ «Право «врахувального» голосу» – це унікальне право голови, яке належить тільки йому і полягає в тому, що при встановленні результатів голосування, при умові, якщо він бере участь у пленарному засіданні ради, голова включається до загального складу сільської, селищної, міської ради та враховується його голос (частина друга ст. 59 Закону³). Право «врахувального» голосу не потрібно плутати з правом ухвального голосу депутатів місцевих рад. Хоча фактично ці два поняття рівноцінні при встановленні результатів голосування, але, по-перше, голос голови лише один, а, по-друге, він має додатковий характер, оскільки голова вклю-

чається до загального складу ради при встановленні результатів голосування. При цьому пам'ятаємо, що сільський, селищний, міський голова не входить до складу ради, не може бути депутатом будь-якої ради, але на нього поширюються повноваження та гарантії депутатів рад, передбачені законом про статус депутатів рад (частина п'ята ст. 12 Закону³).

➤ Право «вето» – це право на зупинення у п'ятиденний строк з моменту прийняття рішення ради і його внесення на повторний розгляд відповідної ради із обґрунтуванням зауважень. Воно може бути подолане радою лише у двотижневий строк з моменту зупинення і підтверджене двома третинами депутатів від загального складу ради (частина четверта ст. 59 Закону³). Досить дієве і, на наше переконання, це найсильніший інструмент стримування і противаг в арсеналі голови щодо ради. Цікаво, що право «вето» голова може застосувати до будь-якого рішення ради, навіть стосовно рішення про дострокове припинення своїх повноважень радою. Хоч таке рішення і приймається при таємному голосуванні двома третинами від складу ради, проте чисто теоретично застосування права «вето» у цьому випадку законом не заборонено.

➤ «Право особистого підпису» – це право голови на підпис прийнятих рішень та протоколів сесій ради (частина шістнадцята ст. 46 Закону³). При цьому законом не вказано, що рішення та протоколи сесій ради мають підписуватися головою одноособово і чисто теоретично це дає певну можливість для рад шляхом прийняття відповідних норм в регламенті для того, щоб надати право «другого» підпису поруч із підписом голови ще й іншим особам (у випадку рішень та протоколів сесій ради такою особою логічно виступає секретар ради). Проте голови дуже дорожать своїм правом особистого підпису і не вважають за потрібне поділяти його з будь-ким. До речі досить цікавою є також ситуація, якщо голова не зупиняє рішення ради, а й не підписує його, що виступає досить підступним інструментом у його діяльності.

➤ Право на розпорядження бюджетними коштами – це право голови, яке впливає із його статусу розпорядника бюджетних коштів. Тільки голова є розпорядником бюджетних коштів. І хоча він використовує їх лише за призначенням, визначеним радою, проте остаточне рішення щодо напрямів і розмірів використання бюджетних коштів громаді залишається фактично за головою.

➤ «Право на одноосібне представництво» – це право надане законом виключно сільським, селищним, міським головам одноосібно представляти інтереси територіальної громади, ради та її виконавчих органів у відносинах з державними органами, іншими органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, підприємствами, установами і організаціями незалежно від форм власності, громадянами, а також у міжнародних відносинах відповідно до законодавства. Таким правом голова наділений шляхом обрання всією територіальною громадою, воно закріплене за ним законом (п. 14 частини четвертої ст. 42 Закону³).

У законодавстві представництво інтересів всієї територіальної громади закріплено також за депутатами місцевих рад. Проте, як зазначила Велика Палата Верховного Суду¹², правовий статус депутата місцевої ради хоч і закріплено в законодавстві як представника інтересів територіальної громади, виборців свого виборчого органу та рівноправного члена місцевої ради, проте нормами чинного законодавства для депутата встановлений особливий спосіб впливу як на прийняття рішень органом місцевого самоврядування, так і на життя мешканців відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Тому депутат ради законодавчо не наділений правом здійснювати представництво інтересів територіальної громади в судах.

Шляхом використання свого становища одноосібного законного представника територіальної громади, ради та її виконавчих органів у суді голови можуть вирішувати питання, які не отримують схвалення на пленарних засіданнях ради, або, рідше, засіданнях виконавчого комітету, через «приховане» визнання позовів заінтересованих у вирішенні таких питань сторін спору. Таким чином «програне» головами через суд судові рішення на користь «недобросесних» позивачів є інструментом зловживання головами наданими їм законом представницькими повноваженнями¹³.

«Право на преміювання» – це один із найдієвіших інструментів сільського, селищного, міського голови. Преміювання – одне із основних повноважень в «арсеналі» сільського, селищного, міського голови з контролю та забезпечення лояльності особисто до себе з боку всіх штатних працівників апарату ради та її виконавчого комітету. Саме сільський, селищний, міський голова приймає рішення про преміювання секретарів сільських, селищних, міських рад, заступників сільських, селищних, міських голів, керуючих справами (секретарів) виконавчих комітетів, старост¹⁸, всіх інших працівників апарату ради та її виконавчого комітету, установлення їм надбавок, надання матеріальної допомоги¹⁴.

При цьому донедавна ситуація з преміюванням виборних посадових осіб місцевого самоврядування, таких як секретарі рад, заступники сільських, селищних, міських голів, керуючі справами (секретарі) виконавчого комітету та старости були предметом дискусії і часто це питання вирішувалося саме рішеннями рад, до виключних повноважень яких належить затвердження видатків на оплату праці. Проте 3 жовтня 2018 р. Кабінет Міністрів України своєю постановою № 791¹⁵ поставив крапку в цій історії на користь сільських, селищних, міських голів, відвівши питання преміювання до одноособової їхньої компетенції.

На виконання своїх повноважень сільський, селищний, міський голова видає спеціальні одноособові владні акти – розпорядження. З огляду на перелік повноважень, визначених законом (частина четверта ст. 42 Закону³), усі вони носять індивідуальний адміністративно-господарський чи адміністративно-розпорядчий характер і стосуються самої ради. Це означає, що голова не має повноважень видавати розпорядження, які б врегульовували відносини поза радою. У них відсутні повноваження на видання розпоряджень, що спрямовані на окремих громадян чи їх об'єднання. У випадку наявності у голови ініціатив, які будуть обов'язковими для виконання усіма громадянами, підприємствами, установами та організаціями, він має право на вне-

сення проекту рішення на розгляд ради чи її виконавчого комітету. Проте бувають випадки грубого порушення цих законодавчих норм, що є наслідком відсутності державного контролю за законністю прийнятих органами місцевого самоврядування рішень та розпорядженнями, які видають сільські, селищні, міські голови.

Висновки. Таким чином, враховуючи зазначені норми чинного законодавства, судової практики, дослідження науковців та власних результатів вивчення обсягу прав і повноважень сільських, селищних, міських голів, можна констатувати, що ця посадова особа повністю виправдовує статус головної посадової особи територіальної громади, який можна на законодавчому рівні доповнити також статусом голови виконавчого комітету та всієї системи виконавчих органів (згідно з Конституцією²) та голови сільської, селищної, міської ради (згідно з повноваженнями, наданими Законом³). Проте законодавцю давно варто було б звернути увагу на той аспект, як зазначено Конституційним Судом України ще у 2000 р.⁸, що хоча спосіб формування сільської, селищної, міської ради та обрання сільського, селищного, міського голови однакові, проте їх статус різний. Очолюючи виконавчий орган ради, сільський, селищний, міський голова інтегрований в його структуру, але запровадивши обрання сільського, селищного, міського голови безпосередньо територіальною громадою, в Конституції України не урівноважено його статус зі статусом сільської, селищної, міської ради.

Враховуючи значний обсяг повноважень сільських, селищних, міських голів, їм і не потрібно володіти повноваженнями сільської, селищної, міської ради чи її виконавчих органів для їх здійснення. Очолюючи і представницький, і всю систему виконавчих органів місцевого самоврядування, законодавець наділив сільських, селищних, міських голів надзвичайно широким колом повноважень, які надають їм змогу концентрувати в одній особі не тільки власні адміністративно-розпорядчі повноваження, а й усі повноваження органів, які він очолює та на прийняття, ухвалення та/або реалізацію яких він здійснює безпосередній реальний вплив.

Таким чином, законодавцю варто було б або урівноважити повноваження сільських, селищних, міських рад з повноваженнями сільських, селищних, міських голів, наприклад, підсилити позиції депутатів та секретаря ради. Або ж передати частину розпорядчих повноважень від голови до виконавчого комітету, що підсилило б цей виконавчий орган загальної компетенції в системі місцевого самоврядування та збільшило б дотримання принципу колегіальності при прийнятті рішень в органах місцевого самоврядування взагалі.

¹ Єлісеєва І.О. Сільський, селищний, міський голова: статус посадової особи за Конституцією України та повноваженнями, наданими йому законом. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2019. Вип. 15. С. 40–49.

² Конституція України. Дата оновлення 1.01.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр/conv#n4834> (дата звернення: 20.11.2020).

³ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР. Дата оновлення 6.12.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр#Text> (дата звернення: 20.11.2020).

⁴ Про місцеві Ради народних депутатів Української РСР та місцеве самоврядування: Закон УРСР від 7 грудня 1990 р. № 533-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533-12/ed19901207#Text> (дата звернення: 20.11.2020).

⁵ Про формування місцевих органів влади і самоврядування: Закон України від 3 лютого 1994 р. № 3917-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3917-12#Text> (дата звернення: 20.11.2020).

⁶ Рішення Конституційного Суду України № 7-рп/99 від 6 липня 1999 р. (справа про сумісництво посад народного депутата України і міського голови). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-99#Text> (дата звернення: 20.11.2020).

⁷ Сergyoga S.G. Організація місцевого самоврядування в Україні в контексті форми правління. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. Харків: Право, 2002. Вип. 2. С. 61–71.

⁸ Рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 2000 р. № 1-5/2000 (справа про місцеве самоврядування). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-00#Text> (дата звернення: 20.11.2020).

⁹ Державне будівництво і місцеве самоврядування в Україні: підручник / І.І. Бодрова, С.В. Болдирев, В.О. Величко та ін.; за ред. С.Г. Сergyoga. 2-ге вид. переробл. та доповн. Харків: Право, 2011. 360 с. С. 296.

¹⁰ Любченко П.М. Компетенція суб'єктів місцевого самоврядування. Харків: ООО «Модель всесвіту», 2001. 224 с. С. 120–122.

¹¹ Чого не знає депутат? *Інститут Політичної Освіти*, Київ, 2019. 108 с. С. 45–46. URL: http://ipo.org.ua/wp-content/uploads/2019/09/чого_не_знає_депутат.pdf (дата звернення: 20.11.2020).

¹² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 30 січня 2019 р. у справі № 803/413/18. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/673989/> (дата звернення: 20.11.2020).

¹³ Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 4 липня 2019 р. у справі № 911/2244/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82888001> (дата звернення: 20.11.2020).

¹⁴ Про упорядкування структури та умов оплати праці працівників апарату органів виконавчої влади, органів прокуратури, судів та інших органів: постанова Кабінету Міністрів України від 9 березня 2006 р. № 268. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/268-2006-%D0%BF#Text> (дата звернення: 20.11.2020).

¹⁵ Про внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України: постанова Кабінету Міністрів України від 3 жовтня 2018 р. № 791. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/791-2018-%D0%BF#n13> (дата звернення: 20.11.2020).

¹⁶ Ladychenko V., Melnychuk O., Golovko L., Burmak O. (2020). Waste Management at the Local Level in the EU and Ukraine. *European Journal of Sustainable Development*, 2020, Volume 9 issue: 1, 329–338.

¹⁷ Ладиченко В.В., Головка Л.О., Каплова О. Муніципалітет як регулятор поведінки з побутовими відходами. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2019. № 5. С. 38–45.

¹⁸ Ладиченко В.В., Максименко Ю.П. Старости як посадові особи системи органів місцевого самоврядування в Україні: історико-правовий аспект. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2019. № 2. С. 8–18.

¹⁹ Ладиченко В.В., Ємельяненко К.О. Формування виконавчих комітетів об'єднаних територіальних громад. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2018. № 5. С. 14–20.

Резюме

Максименко Ю.П. Статус і повноваження сільських, селищних, міських голів у системі місцевого самоврядування України.

У статті представлено результат дослідження статусу та повноважень сільських, селищних, міських голів в аспекті механізму стримувань та противаг, втіленого в місцевому самоврядуванні України в принципі розподілу повноважень між представницькими органами (радами), сільськими, селищними, міськими головами та виконавчими органами місцевого самоврядування. Детально досліджено обсяг найдієвіших прав та повноважень сільських, селищних, міських голів, що дало змогу дійти висновку про їх надзвичайно широке коло, які надають головам змогу концентрувати в одній особі не тільки власні адміністративно-розпорядчі повноваження, а й усі повноваження органів, які він очолює та на прийняття, ухвалення та/або реалізацію яких голова здійснює безпосередній реальний вплив.

Ключові слова: сільський, селищний, міський голова, голова ради, голова виконавчого комітету, механізм стримувань і противаг, головна посадова особа територіальної громади, принцип розподілу повноважень, повноваження місцевого самоврядування.

Резюме

Максименко Ю.П. Статус и полномочия сельских, поселковых, городских голов в системе местного самоуправления Украины.

В статье представлен результат исследования статуса и полномочий сельских, поселковых, городских голов в аспекте механизма сдержек и противовесов, воплощенного в местном самоуправлении Украины в принципе распределения полномочий между представительными органами (советами), сельскими, поселковыми, городскими головами и исполнительными органами местного самоуправления. Подробно исследованы объем действенных прав и полномочий сельских, поселковых, городских голов, что позволило прийти к выводу об их чрезвычайно широком круге, предоставляющем головам возможность концентрировать в одном лице не только собственные административно-распорядительные полномочия, но и все полномочия органов, которые он возглавляет и на принятие, одобрение и/или реализацию которых голова осуществляет непосредственное реальное влияние.

Ключевые слова: сельский, поселковый, городской голова, голова совета, голова исполнительного комитета, механизм сдержек и противовесов, главное должностное лицо территориальной громады, принцип распределения полномочий, полномочия местного самоуправления.

Summary

Yuriy Maksimenko. Status and powers of village, settlement, city mayors in the system of local self-government of Ukraine.

Since the establishment of the institution of village, settlement and city mayors in the system of local self-government of Ukraine, the legal status of these persons has not changed significantly. This indicates that the constitutional model of local self-government, headed by a village, town, city mayor, mainly satisfied society's demand for stable local self-government. Today, when gradually as a result of the reform of decentralization and administrative-territorial organization Ukraine has become a country of united territorial communities with significant powers locally, the issue of improving local self-government, finding its optimal model and the balance of powers between key components of its system is gaining momentum relevance.

Since the adoption of the Constitution, the system of local self-government of Ukraine has included territorial communities, which carry out local self-government in the manner prescribed by law, both directly and through local governments: village, town, city councils and their executive bodies. In the Law of Ukraine "On Local Self-Government in Ukraine" this list was supplemented by the main official of the territorial community – village, settlement, city mayor, who in the system of local self-government was given a "third" place between village, settlement, city council and executive bodies of village, settlement, city council. However, whether such an intermediate position is occupied by the village, settlement, city mayor in the system of local self-government of Ukraine? After all, village, settlement, and city councils, which include deputies of local councils, as representative bodies of local self-government, are endowed by law with significant exclusive powers. Also, the executive bodies of local self-government are endowed by law with their own (self-governing) powers and the powers delegated by the state to the bodies of executive power. The village, settlement, city mayor does not have all these powers. To find an answer to this question by studying the status and powers of the chief official of the territorial community used a system of checks and balances, which is embodied in local government of Ukraine in the principle of distribution of powers between representative local governments (councils), village, town, city and executive bodies of local self-government (executive committees, departments, administrations and other executive bodies created by councils).

Key words: Village, settlement, city mayor. Head of the Council. Chairman of the Executive Committee. The mechanism of checks and balances. The main official of the territorial community. The principle of separation of powers. Powers of local self-government.

Т.М. МАЛАШЕНКОВА

*Тетяна Михайлівна Малашенкова, аспірантка
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
НАН України**

ORCID: 0000-0003-3509-2550

ПРИНЦИПИ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Сфера здійснення правосуддя є однією із найважливіших сфер, що є індикаторами верховенства права як невід'ємного елементу правової держави. Належне здійснення правосуддя може бути забезпечено лише в умовах реалізації принципу незалежності суддів, зміст якого, у свою чергу, конкретизується та наповнюється певними складовими, одним із яких є дисциплінарна відповідальність судді.

Отже, можна стверджувати про те, що правосуддя у своєму найкращому розумінні не може досягатись в умовах, які допускають свавільне звільнення, відсторонення судді від посади чи притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. Недопустимість такої свавільності досягається системою гарантій та умов, які в своїй сукупності забезпечують неможливість притягнення судді до відповідальності за прийняте ним рішення.

Принципи дисциплінарної відповідальності суддів є багатоаспектною категорією, а їх реалізація залежить від безпосередніх умов, у яких відбувається їх дія та значною мірою – від загального суспільного контексту в державі.

Метою статті є аналіз рішень Європейського суду з прав людини на предмет реалізації у цих рішеннях принципів дисциплінарної відповідальності суддів.

Виклад основного матеріалу дослідження. На наш погляд, розуміння реалізації принципів дисциплінарної відповідальності в умовах національного суспільного та правотворчого контексту доцільно здійснити крізь призму аналізу рішень Європейського суду з прав людини, який розглянув численні справи, зв'язані із порушенням ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод саме у зв'язку з порушенням засади незалежності судді при притягненні до дисциплінарної відповідальності. При цьому відповідний аналіз є особливо актуальним, з огляду на існування таких рішень і у справах проти України, окремі з яких було покладено в основу визначення шляхів вдосконалення національної правової системи. Такими рішеннями є «Олександр Волков проти України»¹, «Куликов та інші проти України»² та «Денісов проти України»³.

Найбільш відомим та фундаментальним не лише в українському, а й загальноєвропейському масштабі є рішення ЄСПЛ у справі «Олександр Волков проти України», в якому цей суд констатував сукупність порушень вимог Конвенції, які були допущені у зв'язку зі звільненням заявника з посади судді Верховного Суду України.

У межах цієї статті вважаємо за доцільне здійснити короткий опис фактів відповідної справи, а саме фактів, які стали підставою дисциплінарної відповідальності заявника, наслідком якої виявилось його звільнення: «заявник як суддя Верховного Суду, декілька разів переглядав рішення, ухвалені суддею Б., який був його родичем, а саме: братом його дружини. Крім того, беручи участь як третя сторона у провадженні, ініційованому В.П. (щодо зазначеного вище рішення 3'їзду суддів України про припинення її повноважень), заявник не заявляв клопотання про відвід того ж судді Б., який входив до складу палати, що розглядала справу в апеляційному порядку. 24 грудня 2008 р. Р.К. доповнив своє подання додатковими прикладами справ, які розглядав суддя Б., а згодом переглядав заявник.

26 травня 2010 р. Вища рада юстиції (ВРЮ) розглянула пропозиції, подані Р.К. та В.К. за результатами перевірки, і прийняла два рішення про звернення з поданням до парламенту про звільнення заявника з посади судді у зв'язку з порушенням присяги. В.К. головував на засіданні ВРЮ, яке розглядало справу заявник. Р.К. та С.К. також брали участь у цьому засіданні як члени ВРЮ. Заявник не був присутній на засіданні.

За рішення ВРЮ голосувало 16 її членів, які були присутні на засіданні, троє з яких були суддями.»

Згідно з чинним на той час законодавством рішення про звільнення судді приймала Верховна Рада України за поданням «профільного комітету». У цій справі подання Вищої ради юстиції було розглянуто та схвалено на засіданні комітету та в подальшому було прийнято постанову Верховної Ради України про звільнення заявника з посади судді Верховного Суду України.

Заявник оскаржив своє звільнення до Вищого адміністративного суду України (далі – ВАС). Цей суд встановив, що рішення та подання ВРЮ, прийняті за наслідками розгляду результатів перевірки, проведеної Р.К., були незаконними, оскільки заявник і суддя Б. не вважалися родичами згідно з законодавством, чинним

на той час. Крім того, у провадженні, де заявник виступав третьою стороною, він не мав обов'язку заявляти відвід судді Б. Однак ВАС відмовив у скасуванні актів ВРЮ, прийнятих за наслідками розгляду результатів перевірки, проведеної Р.К., зазначаючи, що відповідно до ст. 171-1 КАСУ він не мав повноважень скасувати акти ВРЮ.

Аналіз відповідної процедури, підстав та порядку звільнення, який було здійснено ЄСПЛ, призвів до встановлення порушення сукупності принципів дисциплінарної відповідальності судді. Насамперед це стосується принципу «незалежності та безсторонності суду».

Варто зауважити, що розуміння цього принципу здійснюється ЄСПЛ з урахування загальних складових зазначеного принципу, а також особливих його складових, зумовлених існуючими європейськими стандартами щодо відповідальності суддів.

У цій справі наведено усталений об'єктивно-суб'єктивний підхід до визначення неупередженості судді. Так, у п. 103 рішення у справі «Олександр Волков проти України» зазначено, що для встановлення того, чи суд може вважатися «незалежним» у розумінні ч. 1 ст. 6 Конвенції, слід врахувати, зокрема, спосіб призначення його членів та строк їх перебування на посаді, наявність гарантій відсутності зовнішнього тиску та питання про те, чи органу властиві зовнішні ознаки незалежності.

Як правило, поняття «безсторонності» позначає відсутність упередженості чи необ'єктивності. Згідно з усталеною практикою Суду наявність безсторонності має бути встановлена відповідно до: (i) суб'єктивного критерію, за яким слід звернутися до особистих переконань та поведінки окремого судді, тобто з'ясувати, чи суддя суб'єктивно вільний від особистих упереджень або необ'єктивності у окремій справі; та (ii) об'єктивного критерію, згідно з яким слід переконатися, що власне суд за певними показниками, зокрема за його складом, надає достатні гарантії для виключення будь-якого обґрунтованого сумніву щодо його безсторонності.

Однак немає чіткого поділу між суб'єктивною та об'єктивною безсторонністю, оскільки поведінка судді може не лише призвести до виникнення об'єктивних застережень щодо його безсторонності з точки зору зовнішнього спостерігача (об'єктивний критерій), а й призвести до виникнення питання щодо особистих переконань судді (суб'єктивний критерій). Навіть зовнішні прояви можуть мати певне значення або, іншими словами, «правосуддя не лише повинно здійснюватися, має бути видно, що здійснюється правосуддя».

Таким чином, першим принципом дисциплінарної відповідальності судді, реалізованим у відповідному рішенні, є принцип безсторонності судді, правильне розуміння якого має забезпечуватися з позицій об'єктивного та суб'єктивного критеріїв. Такі критерії, з огляду на їх визначення, є доволі гнучкими, а тому їх дотримання має перевірятись у кожному конкретному випадку, з урахуванням усіх обставин справи. Варто зауважити, що така безсторонність не допускає вузького спрощеного розуміння та зведення цього принципу лише до формальних аспектів (наявності родинних зв'язків тощо). Ключове розуміння цієї засади, на наш погляд, ґрунтується на тезі, згідно з якою «правосуддя не лише повинно здійснюватися, має бути видно, що здійснюється правосуддя».

Враховуючи те, що у прийнятті рішення про звільнення заявника брали участь декілька органів державної влади, відповідну засаду було проаналізовано в контексті діяльності кожного з таких органів.

Так, щодо Вищої ради юстиції ЄСПЛ було здійснено перевірку на предмет того, чи відповідав склад цього органу загально визначеним вимогам у цій сфері, а саме щодо того, щоб більшість членів цього органу були суддями, які б обирались (призначались) самими суддями. Як було встановлено ЄСПЛ у п. 111 рішення, справу заявника розглядали 16 членів ВРЮ, які брали участь у засіданні. Лише троє з них були професійними суддями. Таким чином, судді становили незначну меншість членів ВРЮ, які розглядали справу заявника.

Крім цього критерію, в контексті визначення безсторонності, ЄСПЛ було проаналізовано питання про те, чи службове становище члена Вищої ради юстиції забезпечувало його персональну безсторонність. Це стосується фактору постійності посади члена Вищої ради юстиції. Як зазначено в цьому контексті в рішенні: «Лише четверо членів ВРЮ працювали на постійній основі. Інші ж члени продовжували працювати і отримувати заробітну плату поза ВРЮ, що неодмінно призводило до їхньої матеріальної, ієрархічної та адміністративної залежності від їхніх первинних роботодавців та становило загрозу для їхньої незалежності й безсторонності. Зокрема, Міністр юстиції та Генеральний прокурор, які входили до складу ВРЮ за посадою, у разі припинення повноважень на основних посадах, переставали бути членами ВРЮ».

Відтак, поряд із вимогами до порядку формування органу, уповноваженого вирішувати питання дисциплінарної відповідальності судді, критерієм безсторонності члена такого органу є його матеріальна, ієрархічна та адміністративна незалежність від органу, який його обрав чи призначив. У цьому контексті непослідовність посади члена такого органу, відсутність у нього заробітної плати саме за перебування на такій посаді призвели до констатації того, що відповідні вимоги не можна вважати дотриманими.

Окремий аспект безсторонності дисциплінарного органу стосується членства Генерального прокурора України у такому органі. Знову ж таки, присутність Генерального прокурора у складі органу, що займається призначенням, притягненням до дисциплінарної відповідальності та звільненням з посад суддів, створює ризик, що судді не будуть діяти безсторонно при розгляді таких справ або що Генеральний прокурор не буде діяти безсторонно щодо суддів, з чікими рішеннями він незгоден⁴.

Окремі особливості цього провадження зумовлені також процедурним аспектом діяльності органу, який здійснює дисциплінарне провадження, згідно з яким відповідно до усталених стандартів належна процедура буде дотримана тоді, коли члени органу, які здійснюють перевірку фактів дисциплінарного проступку, не

беруть участі у прийнятті рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності. Цей критерій не було дотримано у відповідній справі, оскільки, як зазначив ЄСПЛ у п. 115 рішення, «члени ВРЮ, які проводили попередню перевірку у справі заявника та вносили пропозиції про його звільнення з посади (Р.К. та В.К.) згодом брали участь у прийнятті рішення про звільнення заявника з посади судді. Більше того, один з них (В.К.) був обраний Головою ВРЮ і головував на засіданні у справі заявника. Роль зазначених членів ВРЮ у ініціюванні дисциплінарного провадження щодо заявника, підставою для якого були результати проведеної ними ж попередньої перевірки, ставить від об'єктивний сумнів їхню безсторонність при розгляді по суті справи заявника».

Щодо розгляду питання про дисциплінарну відповідальність у парламенті, то в цьому сенсі ЄСПЛ також було встановлення принципу незалежності та безсторонності, яке полягало, зокрема у тому, що дві особи, які були членами профільного парламентського комітету, були водночас членами Вищої ради юстиції. Також, у контексті розгляду відповідного питання на пленарному засіданні, ЄСПЛ зазначив: «роль політиків, які засідали у парламенті, щодо яких не висувалося вимог про наявність досвіду роботи юристом чи суддею, у розгляді складних питань факту та права у індивідуальній справі про дисциплінарну відповідальність, не була достатньо роз'яснена Урядом і не було доведено, що ця процедура сумісна з вимогами незалежності і безсторонності суду згідно зі ст. 6 Конвенції».

Однією зі складових вимог справедливої процедури притягнення судді до дисциплінарної відповідальності є судове оскарження рішення про накладення відповідного стягнення чи звільнення судді. У цьому контексті існують додаткові вимоги, дотримання яких було перевірено ЄСПЛ при розгляді цієї справи, а саме – чи має суд «повний обсяг компетенції» або чи забезпечує «достатній перегляд» для усунення порушень, зв'язаних з відсутністю незалежності суду першої інстанції (в аналізованому контексті – Вищої ради юстиції). За результатами аналізу цього питання ЄСПЛ встановив, що перегляд справи заявника ВАС не був достатнім і тому не міг виправити недоліки у справедливості процесу, які мали місце на попередніх стадіях провадження у справі на національному рівні.

Таким чином, процедура притягнення заявника до дисциплінарної відповідальності характеризувалась системним порушенням принципу незалежності й безсторонності, через такі його складові: по-перше, не дотримано вимоги щодо формування органу, який здійснює дисциплінарне провадження щодо судді (цей орган не становила більшість суддів, які були обрані чи призначені самими суддями); по-друге, члени цього органу не могли вважатись незалежними та безсторонними, оскільки більшість із них не працювала в цьому органі на постійній основі, не отримувала там заробітну плату; по-третє, попередню перевірку фактів, що представляли собою підставу дисциплінарної відповідальності, здійснювали ті ж особи, які й приймали рішення про звільнення судді; по-четверте, окремими членами комітету в парламенті були ті ж особи, які були членами дисциплінарного органу; по-п'яте, рішення про звільнення судді приймалось політиками, до яких не висувається вимога щодо наявності юридичної освіти; по-шосте, суд, який повноважний розглядати скарги на рішення, зв'язані із дисциплінарною відповідальністю судді, не володів достатнім обсягом повноважень для перегляду мотивів притягнення до відповідальності по суті.

Окрему увагу слід приділити не лише процедурним, а й змістовним аспектам, оскільки звільнення заявника у відповідній справі не відповідало і засаді законності. Це стосувалось розкриття змісту такої підстави для дисциплінарної відповідальності, як «порушення присяги судді», зміст якої закон, на момент прийняття рішення про звільнення заявника, не розкривав. Як зазначив ЄСПЛ, у контексті інституту притягнення до дисциплінарної відповідальності має застосовуватися обґрунтований підхід у оцінці точності закону, оскільки існує об'єктивна необхідність, аби об'єктивна сторона таких правопорушень була сформульована в загальних термінах. При цьому правотлумачна роль судових органів у забезпеченні передбачуваності законодавчих положень не може бути недооцінена у системах континентального права. Саме ці органи тлумачать точне значення загальних положень закону послідовно та усувають будь-які сумніви у тлумаченні. Таким чином, визнаючи в цілому допустимість використання загальних формулювань при визначенні підстав дисциплінарної відповідальності судді, ЄСПЛ констатував, що законодавча невизначеність має компенсуватись правозастосовним тлумаченням.

Своєю чергою, відсутність такої практики у контексті відповідної справи свідчила саме про правову невизначеність, несумісну з вимогами Конвенції. Ця невизначеність стосувалась не лише об'єктивної сторони такого дисциплінарного порушення, як «порушення присяги судді», а й строків притягнення до дисциплінарної відповідальності та санкцій, які б могли за нього застосовуватись.

Висновки і перспективи подальших досліджень.

Обмежений обсяг цієї статті не дає змоги повною мірою детально здійснити описання рішень «Куликов проти України» та «Денісов проти України», однак слід зважати на те, що у цих рішеннях ЄСПЛ базує свої висновки здебільшого на описаних вище аспектах порушень, встановлених в рішенні «Олександр Волков проти України». Варто зауважити лише, що у справі «Денісов проти України» заявник з порушенням вимог Конвенції був звільнений не з посади судді, а з посади голови апеляційного суду. Відтак, особливості оцінки цього рішення зумовлені стандартами, зв'язаними зі звільненням судді з адміністративної посади без втрати статусу судді. Отже, принципи дисциплінарної відповідальності поширюють свою дію не лише на випадки притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, а й звільнення суддів з адміністративних посад.

Аналіз зазначених рішень засвідчив, що недотримання загально визначених принципів дисциплінарної відповідальності при притягненні судді до такого виду відповідальності призводить до порушення положень

Конвенції. При цьому дотримання відповідних принципів має забезпечуватись як у законодавчій діяльності щодо обґрунтованого та чіткого визначення підстав дисциплінарної відповідальності й порядку здійснення дисциплінарного провадження незалежним і безстороннім органом, так і у правозастосовній діяльності щодо надання невизначеним законодавчим вимогам ознак необхідної правової визначеності.

¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України» від 09.01.2013 р.

² Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Куліков та інші проти України» від 19.01.2017 р.

³ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Денісов проти України» від 25.09.2018 р.

⁴ Спільний висновок щодо Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо недопущення зловживань правом на оскарження», підготовлений Венеціанською комісією та Дирекцією з технічного співробітництва Генеральної Дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи, ухвалений Венеціанською комісією на 84-ому пленарному засіданні (Венеція, 15–16 жовтня 2010 р., CDL-AD(2010)029).

Резюме

Малашенкова Т.М. Принципи дисциплінарної відповідальності судді у практиці Європейського суду з прав людини.

У статті проаналізовано ключові рішення ЄСПЛ у справах проти України на предмет реалізації в них принципів дисциплінарної відповідальності суддів.

Аналіз зазначених рішень засвідчив, що недотримання загальновизнаних принципів дисциплінарної відповідальності при притягненні судді до такого виду відповідальності призводить до порушення положень Конвенції. При цьому дотримання відповідних принципів має забезпечуватись як у законодавчій діяльності щодо обґрунтованого та чіткого визначення підстав дисциплінарної відповідальності й порядку здійснення дисциплінарного провадження незалежним і безстороннім органом, так і у правозастосовній діяльності щодо надання невизначеним законодавчим вимогам ознак необхідної правової визначеності.

Ключові слова: дисциплінарна відповідальність судді, принципи, принципи відповідальності суддів, практика Європейського суду з прав людини.

Резюме

Малашенкова Т.М. Принципы дисциплинарной ответственности судьи в практике Европейского суда по правам человека.

В статье проанализированы ключевые решения ЕСПЧ по делам против Украины на предмет реализации в них принципов дисциплинарной ответственности судей.

Анализ указанных решений показал, что несоблюдение общепризнанных принципов дисциплинарной ответственности при привлечении судьи к такому виду ответственности приводит к нарушению положений Конвенции. При этом соблюдение соответствующих принципов должно обеспечиваться как в законодательной деятельности по обоснованному и четкому определению оснований дисциплинарной ответственности и порядка осуществления дисциплинарного производства независимым и беспристрастным органом, так и в правоприменительной деятельности по предоставлению неопределенным законодательным требованиям признаков необходимой правовой определенности.

Ключевые слова: дисциплинарная ответственность судьи, принципы, принципы ответственности судей, практика Европейского суда по правам человека.

Summary

Tetiana Malashenkova. Principles of disciplinary liability of a judge in the case law of the European Court of Human Rights.

The article analyzes the key decisions of the European Court of Human Rights in cases against Ukraine in order to implement the principles of disciplinary liability of judges.

Particular attention should be paid not only to the procedural but also to the substantive aspects, as the applicant's dismissal in the case did not comply with the rule of law. This concerned the disclosure of the content of such grounds for disciplinary liability as "violation of the oath of a judge", the content of which was not disclosed by law at the time of the decision to dismiss the applicant. According to the ECtHR, in the context of the institution of disciplinary action, a reasonable approach should be used to assess the accuracy of the law, as there is an objective need for the objective side of such offenses to be formulated in general terms. At the same time, the legal role of the judiciary in ensuring the predictability of legislative provisions cannot be underestimated in the systems of continental law. It is these bodies that interpret the exact meaning of the general provisions of the law consistently and eliminate any doubts about the interpretation. Thus, while recognizing in general the admissibility of the use of general wording in determining the grounds for disciplinary liability of a judge, the ECtHR stated that legislative uncertainty should be compensated by a law enforcement interpretation.

The analysis of these decisions showed that non-compliance with the generally accepted principles of disciplinary liability in bringing a judge to this type of liability leads to a violation of the provisions of the Convention. At the same time, compliance with the relevant principles should be ensured both in legislative activities on reasonable and clear definition of disciplinary liability and the procedure for disciplinary proceedings by an independent and impartial body, and in law enforcement activities to provide uncertain legal requirements.

Key words: disciplinary responsibility of a judge, principles, principles of responsibility of judges, case law of the European Court of Human Rights.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.27

УДК 342.59 + 342.7

Р.М. ХВАН

*Руслан Миколайович Хван, здобувач Інституту законодавства Верховної Ради України**

ORCID: 0000-0002-5053-6343

МУНІЦИПАЛЬНА РЕФОРМА В УКРАЇНІ: ДОКТРИНАЛЬНИЙ ПІДХІД ДО ВИЗНАЧЕННЯ СКЛАДОВИХ СИСТЕМНИХ БЛОКІВ РЕАЛІЗАЦІЇ

Постановка проблеми. Становлення та розвиток в Україні системи місцевого самоврядування (далі – МСВ) стало революційною подією для пострадянської посттоталітарної держави, що обрала шлях свого стратегічного розвитку у бік демократичної правової державності, підтвердивши її вибір пріоритетів, які засновані на загальнолюдських демократичних цінностях. Однак історичний шлях розвитку Української незалежної держави у практично 30 років продемонстрував неспроможність публічно-правових інститутів не тільки повноцінно існувати і функціонувати в умовах локальної демократії у результаті жорсткого конфлікту інтересів між центральною владою та територіальними спільнотами – територіальними громадами (далі – ТГ), а й неможливість ефективного розподілу між органами публічної державної та публічної самоврядної влади (останню представляють органи місцевого самоврядування (далі – ОМСВ)) компетенційних повноважень на локальному рівні функціонування соціуму. Результатом такого протистояння стала неспроможність суспільства і держави обрати національну модель місцевого самоврядування, що, у підсумку, детермінувала необхідність проведення в Україні муніципальної реформи.

Разом із тим, на думку Н. Мішиної, муніципальна реформа (реформа місцевого самоврядування) в Україні триває вже доволі давно, але не втрачає актуальності. Можливо, тому, що поки що жоден з її етапів не закінчився, продемонструвавши такі значні успіхи, які б надали підстави для її завершення¹. Такий темпоральний результативно-ефективний підхід, запропонований цим автором, на нашу думку, є свідченням не стільки ефективності державно-правових інститутів у їх профільній діяльності в сфері муніципального реформування, скільки констатацією низької ефективності організаційного, кадрового, матеріального та іншого ресурсного супроводження і забезпечення в цій сфері, що, як вважаємо, детерміновано: а) колективно-психологічною та індивідуально-психологічною неготовністю правлячих еліт до реформування, що залишилась ще з радянських та пострадянських часів, та є свідченням відсутності у них муніципальної свідомості; б) боязню правлячих еліт або їх усвідомленим небажанням брати участь у такому реформуванні, що є свідченням відсутності муніципальної психології; в) практичною відсутністю досвіду в сфері муніципальної практики; г) нерозумінням телеологічних домінант або кінцевої мети такого реформування, що є свідченням відсутності в державі стратегії муніципального реформування; г) нерозумінням правлячих еліт тактико-стратегічних наслідків, до яких призведе таке реформування, що є свідченням відсутності глибокого розуміння феноменології муніципалізму; д) небажанням правлячих еліт вирішити питання забезпечення гомеостазу муніципального права України², як науки; муніципального права і муніципального законодавства України, як самостійної і одночасно комплексної галузі національного права і національного законодавства, – крізь призму відповідності їх доктринальних положень, концептів, преюдицій, принципів, норм до реальних потреб розбудови муніципалізму, як сучасної теорії та практики розвитку МСВ, а також до міжнародно-правових зобов'язань держави в профільній сфері, що є свідченням доволі слабкого розуміння правлячими елітами гносеології і аксіології муніципальних цінностей для існування сучасної держави; е) неусвідомленістю правлячими елітами важливості такого реформування в контекстуалізації обрання національної моделі МСВ, що є свідченням відсутності у держави єдиного методологічного підходу до вирішення цього найважливішого питання становлення й розвитку демократичної правової державності.

У контексті реалізації муніципальної реформи, розпочатої у 2012 р. Президентом України, коли «зверху» були прийняті стратегічні рішення щодо комплексного початку такого реформування, пріоритетного значення набувають питання наближення України до європейських стандартів з усіх його напрямів та параметрів. З огляду на процеси, які нині відбуваються в Україні, зокрема стратегічний вибір і початок практичної реалізації європейського вектору розвитку держави, саме шляхи і напрями, особливості розвитку й реформування МСВ в Україні, що знаходять свій прояв насамперед у контекстуалізації становлення його національної моделі, набувають усе більшої об'єктивності та актуальності, яка зумовлена теоретичною та практичною значущістю питань, зв'язаних із формуванням і розвитком в Україні науково обґрунтованої концепції реформування МСВ. А це, своєю чергою, актуалізує питання визначення основних системних блоків – напрямів реалізації муніципальної реформи.

© Р.М. Хван, 2020

* *Ruslan Hwan, Postgraduate student of the Institute of Legislation of Verhovna Rada of Ukraine*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання реформування МСВ в умовах євроінтеграційних прагнень України та забезпечення правових засад щодо здійснення відповідних заходів, виходячи з їх актуальності в контексті становлення в нашій країні ефективного, результативного, економічно і соціально спроможного місцевого самоврядування, знаходять своє відображення у роботах багатьох сучасних наукових дослідників, зокрема таких, як: М. Баймуратов, О. Батанов, І. Грицьк, А. Заяц, Б. Калиновський, В. Кампо, В. Кравченко, В. Куйбіда, Н. Мішина, В. Нудельман, М. Пітцик, М. Пухтинський, А. Ткачук та інші. Незважаючи на вагомий здобуток вітчизняних науковців у розкритті проблематики МСВ, узгодженого доктринального підходу до конкретних напрямів його розбудови ними не вироблено. Крім того, низка законопроектів профільного характеру і концепцій реформування МСВ, що передбачає велику кількість його шляхів і напрямів, особливо в контексті побудови національної моделі, до сьогоднішнього дня не знайшла свого формального оформлення у нормативно-правових актах та знаходяться у статусі «проєкту». До цих пір залишаються спірними питання формування і виокремлення складових системних блоків – телеологічно-функціональних розділів муніципальної реформи в Україні. Отже, проблема правової природи і структурної побудови основоположних засад і напрямів муніципальної реформи України є такою, що об'єктивно потребує подальших досліджень з метою її доктринального супроводження і забезпечення.

Метою даної статті є узагальнення концептуальних проблем проведення муніципальної реформи в Україні шляхом визначення і забезпечення її складових системних блоків – телеологічно-функціональних розділів муніципальної реформи.

Викладення основного матеріалу. У сучасному світі організаційна якість і функціональна спроможність МСВ займає стратегічне місце та має важливе значення у процесі суспільного і державного розвитку, скерованого на побудову демократичної правової державності. Отже, МСВ як найважливіший інститут загальної і локальної демократії не тільки дедалі більше впливає на соціально-економічні та політичні процеси в державі, а й сприяє реальній децентралізації влади, активізації населення щодо формування у нього стійкої мотивації до участі в МСВ через створення механізму його залучення до участі в політико-правових процесах локального рівня, зокрема у вирішенні питань місцевого значення, що виступають основним об'єктом МСВ (див. ст. 140 Конституції України³).

Отже, це детермінує особливу важливість муніципального реформування в Україні як в аспекті вибору національної моделі МСВ, так і визначення основоположних стратегічних напрямів такого оновлення. Стосовно цього, то вважаємо за потрібне зробити декілька зауважень методологічного характеру, а саме:

– наявність значної кількості доктринальних позицій щодо муніципального реформування, які відрізняються не тільки змістом, а й стратегічним розумінням його реалізації, свідчить про відсутність єдиного підходу до такого важливого соціально-політичного і соціально-нормативного явища, яким є муніципальна реформа, що практично унеможлиблює її доктринальне супроводження і забезпечення (ознака наявності доктринального розмаїття розуміння муніципальної реформи. – Авт.);

– наявність великої кількості нормативно-правових документів, що прийняті законодавчими і виконавчими органами публічної влади держави щодо основних напрямів муніципальної реформи, в яких такі напрями визначено не тільки різними, а й неоднозначними з урахуванням їх пріоритетності реалізації, свідчить про те, що і у органів публічної влади також мають місце різні підходи до розуміння муніципальної трансформації в державі (*ознака наявності стратегічного нормативно-проектного розмаїття розуміння муніципальної реформи.* – Авт.);

– поява серед доктринальних напрацювань стосовно муніципальної реформи пропозицій щодо її здійснення від інституцій громадянського суспільства, зокрема від асоціацій ОМСВ, свідчить про їх глибоку стурбованість станом справ навколо профільного реформування і, фактично, констатуванням з їх боку факту неналежного рівня розробки законодавчого і нормативно-правового його забезпечення (*ознака наявності суб'єктного розмаїття розуміння муніципальної реформи.* – Авт.);

– своєю чергою, наступне актуалізує проблематику визначення і виокремлення основних системних блоків – розділів муніципальної реформи в Україні, щодо яких може бути досягнуто консенсус публічної влади, включаючи самі ОМСВ, що представляють інтереси ТГ, та суспільства, та які повинні стати першорядними об'єктами муніципального реформування (*ознака наявності предметно-об'єктного розмаїття розуміння муніципальної реформи.* – Авт.).

Отже, можна констатувати, що на сучасному етапі державотворення і правотворення залишається безліч проблем доктринального, нормативного, організаційного, суб'єктивного характеру, які суттєво стримують подальший розвиток інституту локальної демократії, гальмуючи його трансформацію не тільки в бік європейських цінностей, обрання і формування параметральних ознак його національної моделі, а й у визначенні структурно-праксеологічної побудови самого муніципального реформування.

Треба зазначити, що наведена проблематика значно актуалізується у зв'язку із проведенням конституційної реформи, яка реалізується в даний час в Україні, і органічною частиною якої виступає муніципальна реформа, що, своєю чергою, є фактично невід'ємною частиною реформи адміністративної.

У контексті визначення історичної ретроспективи муніципального реформування в Україні треба передусім назвати початок роботи Конституційної асамблеї, яку було створено Указом Президента України від 21 лютого 2011 р. № 224/2011⁴. Головною метою оновлення Основного Закону стало утвердження якісно нової демократичної моделі політичної системи європейського зразка, яка б мала повністю забезпечити принципи дотримання прав та свобод людини та громадянина, народовладдя, верховенства права, ефектив-

ного державного управління, а також, що є особливо важливим в контексті дослідження, яке проводиться, започаткувати на конституційному рівні реформу інституту МСВ⁵.

Вважаємо, що такий висновок було зроблено на основі:

– по-перше, визнання ефективної недосконалості сучасної моделі муніципальної влади, не говорячи вже про відсутність національної моделі МСВ (*фактор визнання ефективно-функціональної недосконалості МСВ. – Авт.*);

– по-друге, шляхом констатації факту, що державною публічною владою й до сьогодні не було зроблено дієвих результативних спроб для якісної зміни системи правового забезпечення публічної самоврядної (муніципальної) влади (*фактор визнання функціональної бездіяльності держави в сфері підтримки і забезпечення діяльності МСВ. – Авт.*);

– по-третє, визнання того, що хоча вітчизняна правова доктрина закладає ідею поступового реформування законодавства про МСВ, згідно з якою запровадження нової правової моделі має передувати декілька перехідних етапів, при цьому чіткого бачення ефективної моделі МСВ сучасною правовою доктриною й досі не вироблено⁶ (*фактор визнання відсутності належного доктринального забезпечення муніципального реформування. – Авт.*).

Отже, для дослідження питань еволюції правового забезпечення МСВ в Україні, особливо в контексті його реформування і визначення основоположних його напрямів через формування відповідних системних блоків – напрямів муніципальної реформи, вважаємо за необхідне здійснити аналіз деяких програмних правових механізмів державного впливу на відповідні процеси.

Варто зазначити, що специфіка виникнення, реалізації, класифікації програмних національних правових регуляторів досі є невизначеною належним чином у доктринальних дослідженнях. Разом із тим такі програми стали формою регулятивних норм, зокрема, в рамках реалізації стратегічних настанов демократичної правової державності, сприйняття і запозичення національним конституційним правом нормативних настанов міжнародних міждержавних інтеграційних об'єднань, реалізації міжнародно-правових зобов'язань держав в сфері виконання положень багатосторонніх міждержавних договорів глобального та регіонального вимірів; появи регламентних актів у сфері міжнародного програмування.

У функціонально-реалізаційному контексті програмні механізми набули широкого застосування, по-перше, через їх «м'який», а не «жорсткий» характер реалізації; по-друге, їх реалізація відбувається переважно із застосуванням відповідної темпоральної протяжності – через визначення і виокремлення етапності і стадійності; по-третє, ключовим суб'єктом – ініціатором та розробником таких програм та концепцій, зазвичай, виступає Уряд України.

Отже, одним із найважливіших системних блоків – напрямів муніципальної реформи, що базується на побудові нормативно-правових приписів, які формують, визначають, телеологічно обґрунтовують, закріплюють, роз'яснюють «правила гри» органів публічної влади та інших суб'єктів, задіяних в системі МСВ, в царині муніципально-правової реальності, виступають питання її законодавчого забезпечення. Звідси треба зазначити, що в рамках вирішення основоположних правових проблем реформування МСВ Кабінет Міністрів України прийняв Концепцію законодавчого забезпечення місцевого самоврядування, схвалену його розпорядженням від 25 липня 2002 р. № 416-р⁷, яка володіє важливими методологічними властивостями щодо:

– констатації ретроспективного факту стохастичності в законодавчому супроводженні і забезпеченні МСВ – фіксується: а) необхідність його подальшого розвитку на наукових засадах, що повинні відповідати певним принципам; б) відсутність концептуального бачення розбудови МСВ, що призводить до дезінтеграції у ході законотворчого процесу, безсистемного напрацювання законодавчих актів, неузгодженості щодо їх розроблення і прийняття, розпорошеності підходів до визначення статусу, компетенції, відповідальності суб'єктів МСВ.

– акцентуації на суто управлінському характері муніципального реформування, яке повинно: а) забезпечити на регіональному та місцевому рівні демократичну, гнучку й ефективну організацію управління, запровадження механізму оптимального самодостатнього функціонування суб'єктів державного управління та управління в системі МСВ, здійснення ефективного адміністративного контролю у сфері становлення і розвитку МСВ; б) відповідно до Концепції адміністративної реформи в Україні забезпечити проведення реформи МСВ з узгоджуваною в часі трансформацією низової ланки системи адміністративно-територіального устрою країни, вдосконаленням системи державного управління та базуватися на положеннях Конституції України.

Законодавче забезпечення МСВ, по-перше, враховує субординацію в системі нормативно-правового регулювання відносин у сфері МСВ, тобто залежності від місця органу, що є суб'єктом такого регулювання в системі органів держави; а, по-друге, з визначенням такого рівня регулювання, а саме: конституційного, законодавчо-установчого (статусного), законодавчо-нормативного (саме регулятивного), локального (статутного) – на рівні відповідного органу публічної влади – законодавчої, виконавчої влади та ОМСВ.

Звідси законодавче забезпечення розвитку МСВ повинно базуватися на таких критеріальних засадах:

– комплексного підходу до розвитку законодавства в цілому і розроблення окремих нормативно-правових актів (*критерій комплексності. – Авт.*);

– здійснення підготовки проектів нормативно-правових актів з урахуванням адміністративної, судово-правової, адміністративно-територіальної реформ (*критерій системної комплексності реформування. – Авт.*);

- фінансового обґрунтування проєктів нормативно-правових актів (*критерій належного ресурсно-фінансового забезпечення. – Авт.*);
- наукового супроводження та експертизи відповідних проєктів нормативно-правових актів (*критерій належного доктринально-експертного супроводження і забезпечення. – Авт.*);
- проведення на законодавчій основі експериментів із запровадження нових форм організації МСВ, інновацій у ході реформи МСВ (*критерій законодавчого експериментально-інноваційного обґрунтування реформування. – Авт.*);
- додаткове делегування ОМСВ повноважень місцевих органів виконавчої влади щодо прийняття рішень нормативного характеру (*критерій посилення делегування повноважень виконавчої влади ОМСВ. – Авт.*)⁷.

Разом із тим системний аналіз наведених критеріальних ознак законодавчого регулювання МСВ показує, що фактично таке регулювання та реформування інституту МСВ, що повинно відбуватися на його основі, при всій їх досить високій раціональності (врахування ознак комплексності, системності регулювання і реформування, належного ресурсного забезпечення, належного доктринально-експертного супроводження і законодавчого забезпечення та експериментально-інноваційного обґрунтування самого реформування системи МСВ) мають недосконалий (внаслідок перебільшення в них підготовчих заходів і мінімізації саме реформістського підходу) і, отже, половинчастий характер, особливо в контексті формування власної компетенційної бази ОМСВ. Це підтверджується положенням Концепції, що предметом локальної нормотворчості можуть бути, наприклад, організація роботи органів та посадових осіб МСВ, процедура проведення зборів громадян за місцем проживання, місцевих референдумів.

Аналогічний характер носить і додаткове делегування ОМСВ повноважень місцевих органів виконавчої влади щодо прийняття рішень нормативного характеру, що визначено нами як критерій посилення делегування повноважень виконавчої влади ОМСВ. Такий наш підхід дійсно є продуктивним, бо, з одного боку, демонструє наміри і вказує шляхи реформування законодавчого забезпечення МСВ та його органів, що обирає виконавча влада держави, а з другого, – наглядно ілюструє організаційну і функціональну неповноту, несистемність, низьку ефективність і паліативність такого підходу, що все ж не розв'язує головного завдання муніципального реформування – формування та розвиток належної і самостійної компетенційної бази ОМСВ, що дасть їм змогу самостійно вирішувати питання місцевого значення на рівні відповідної ТГ.

Разом із тим слід підкреслити, що саме зазначена Концепція мала стати складовою Національної програми адаптації муніципального законодавства України до законодавства ЄС, розробкою якої займалася Міжвідомча координаційна рада з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (перестала існувати у зв'язку з ліквідацією та заснуванням Координаційної ради з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу. – Авт.)⁸. Отже, саме тут вбачався шлях до запозичення законодавством України основоположних прав МСВ, що виступають як міжнародні правові стандарти у сфері локальної демократії.

Водночас зауважимо, що законодавче забезпечення розвитку МСВ в Україні повинно відповідати не тільки конституційним основам його організації та діяльності, а також і принципам Європейської хартії місцевого самоврядування 1985 р.⁹ щодо організаційної, правової і фінансово-економічної самостійності ТГ, що виникає на основі компетенційної самостійності та управління її представницьких та виконавчих ОМСВ.

Водночас нехтування органами публічної влади доктринальних пропозицій відносно муніципального реформування, а також відсутність «критичної маси» конструктивних доктринальних розробок щодо процесуально-процедурного проведення самої муніципальної реформи, включаючи не зовсім вдалу практику її реалізації протягом вже багатьох років (безсистемність, неповнота, абсолютний пріоритет інтересів держави тощо) свідчить не тільки про значні організаційно-нормативні проблеми в цій сфері, а і про появу досить небезпечної тенденції – почуття стійкого неприйняття владою профільних наробок в законопроектуванні – фактів розробки і появи низки законопроектів і концепцій муніципального реформування, що розроблялись відповідними державними органами й установами, науковими ініціативними і робочими групами, політичними партіями, окремими державними й муніципальними діячами, національними асоціаціями МСВ, інституціями громадянського суспільства тощо.

Разом із тим не можна не відмітити найбільш вдалі спроби напрацювання таких проєктів кінця 1990-х – початку 2000-х рр., що містили елементи або системні нормативні блоки муніципального реформування. До них можна віднести наступні:

- Концепція адміністративної реформи (1998 р.);
- Концепція національної програми муніципальної реформи в Україні (1997 р.);
- Концепція реформи місцевого самоврядування в Україні (муніципальної реформи) (2000 р.);
- Концепція реформи місцевого самоврядування (2009 р.);
- Концепція реформи місцевого самоврядування (2011 р.);
- Концепція реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні (2012 р.).

Вважаємо, що більш детальний розгляд профільних положень наведених документів дасть можливість не тільки визначити основні напрями муніципального реформування, а й визначити їх ефективність в контексті побудови національної моделі МСВ, що відповідає європейським муніципальним і загальнодемократичним цінностям.

Так, у «Концепції адміністративної реформи в Україні» (розділ IV), затвердженій Указом Президента України «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні» № 810 від 22 липня 1998 р.¹⁰ було зазначено:

– необхідність дотримання встановлених Конституцією України вимог щодо територіальної організації влади на місцях, які передбачають поєднання прямого державного управління на регіональному рівні з місцевим самоврядуванням (*критерій підтвердження конституційної легалізації інституту МСВ і одночасно необхідність у розробці муніципального реформування інституту МСВ як самостійного рівня публічної влади. – Авт.*);

– необхідність вирішення питань адміністративної реформи щодо організації управління на регіональному і місцевому рівні у поєднанні із формуванням ефективного механізму надання населенню повноцінних державних та громадських послуг, а також у зв'язку з іншими політичними, правовими та соціально-економічними перетвореннями – саме: судово-правовою та муніципальною реформами (*критерій визначення телеологічного спрямування інституту МСВ на надання населенню повноцінних державних та громадських послуг (в сучасному розумінні – муніципальних послуг) та скерування муніципального реформування на формування ефективного механізму надання населенню таких послуг у вигляді відповідного системного нормативного блоку. – Авт.*);

– необхідність утвердження ТГ як первинних суб'єктів МСВ (*критерій визнання муніципального реформування в контексті забезпечення ТГ режимом реальної та самодостатньої правосуб'єктності і одночасно розроблення аналогічного системного нормативного блоку муніципальної реформи. – Авт.*);

– необхідність належного політико-правового, фінансово-економічного та організаційного забезпечення здійснення функцій та повноважень – делегованих і самоврядних – у системі МСВ в межах, визначених Конституцією та законами України (*критерій визнання об'єктивної необхідності належного політико-правового, фінансово-економічного та організаційного забезпечення здійснення функцій і повноважень МСВ у межах, визначених законодавством України, – тобто прямого визнання неналежного забезпечення здійснення таких функцій МСВ, і формування відповідного системного нормативного блоку муніципальної реформи. – Авт.*);

– необхідність належного законодавчого розмежування сфер компетенції органів виконавчої влади та ОМСВ і основних (які не можуть бути перерозподілені на договірних засадах) самоврядних повноважень між ОМСВ різного територіального рівня (*критерій визнання об'єктивної необхідності належного законодавчого розмежування сфер компетенції органів виконавчої влади та ОМСВ, а також між ОМСВ різного рівня, як ефективного засобу формування власної компетенції ОМСВ, і формування відповідного системного нормативного блоку муніципальної реформи. – Авт.*);

– необхідність належного законодавчого закріплення інституту служби в ОМСВ та встановлення гарантій діяльності службовця (*критерій визнання об'єктивної необхідності належного законодавчого закріплення інституту служби в ОМСВ, як визнання його важливої ролі і значення для функціонування МСВ, і формування відповідного системного нормативного блоку муніципальної реформи. – Авт.*);

– необхідність запровадження механізмів державної підтримки МСВ та проведення муніципальної реформи (*критерій державної підтримки інституту МСВ у його розвитку і вдосконаленні, включаючи й муніципальне реформування, і формування відповідного системного нормативного блоку муніципальної реформи. – Авт.*);

– необхідність визначення механізму судового захисту прав ТГ, конституційних засад самостійності органів та посадових осіб МСВ (*критерій визнання об'єктивної необхідності належного судового захисту прав суб'єктів та органів МСВ, і формування відповідного системного нормативного блоку муніципальної реформи. – Авт.*).

Вважаємо, що телеологічна інтерпретація наведених критеріїв, фактично формує системні блоки – основні напрями майбутнього муніципального реформування в державі.

Одним із найважливіших положень даного документа є те, що серед концептуальних засад ефективної організації управління на регіональному та місцевому рівнях зафіксована потреба «проведення муніципальної реформи»¹¹. Концепція не тільки прямо вказує на істотні недоліки існуючого територіального устрою та системи МСВ, які системно впливають на ефективність управлінської діяльності, вона фактично вперше на такому рівні передбачає, що для проведення реформи необхідно прискорити розроблення та прийняття:

- концепцій і програм щодо державної підтримки і розвитку МСВ в Україні;
- муніципальної реформи;

- реформи бюджетної системи України в частині розширення фінансової самостійності ОМСВ;
- проведення державно-правових експериментів, пов'язаних з територіальним розвитком і МСВ.

Тобто тут йдеться також про фактичну розробку системних нормативних блоків муніципальної реформи, реалізація яких дасть змогу досягнути мети профільного реформування.

Треба зазначити, що ще до розробки програмних документів з адміністративної реформи, у 1997 р., П. Біленчук, В. Кравченко і М. Підмогильний запропонували «Концепцію національної програми муніципальної реформи в Україні»¹², в якій серед іншого було вказано на необхідність «об'єднати, адаптувати і гармонізувати муніципальні перетворення з іншими структурними складовими процесу реформування українського суспільства, органічно поєднуючи їх із реформами (політичною, економічною, конституційною, адміністративною, судовою, військовою, податковою, земельною, житловою тощо), що почалися у державі».

Тобто тут йшлося не стільки про комплексність, скільки про побудову системності реформування держави, що була б реалізована з застосуванням принципу синергійності та взаємопов'язаності. Підтвердженням цьому є те, що телеологічними домінантами Національної програми було проголошено забезпечення становлення і розвитку самоврядування місцевих громад, підвищення ефективності управління на місцях та на державному рівні, розвиток сіл, селищ, міст і територій.

Треба зазначити, що розроблений у 2000 р. «Проект Концепції реформи місцевого самоврядування в Україні (муніципальної реформи)»¹³, внесений на розгляд народним депутатом В.І. Коновалюком, містив у собі аналогічні домінанти, що повинні були бути реалізованими через реалізацію найважливіших проблем МСВ – досягнення стабільного існування та розвитку ТГ, вирішення питань комунальної власності, адміністративно-територіального устрою та інших. При цьому в основу муніципального реформування було покладено основоположний принцип визнання права ТГ самостійно вирішувати питання місцевого значення.

Отже, цей документ не тільки визначав мету муніципальної реформи, а й необхідність розробки системних нормативних блоків щодо її супроводження і забезпечення в контекстуалізації практичної реалізації останньої. Наведений автор вважав, що комплексна мета реформи полягає в наступному:

– по-перше, в забезпеченні сприятливих умов для здійснення права властей, в межах закону, здійснювати регулювання і управління суттєвою часткою державних справ, які належать до їхньої компетенції, в інтересах місцевого населення (*завуальоване визначення питань місцевого значення, що не дає відповіді на питання, хто ж є суб'єктом, що реалізує МСВ на локальному рівні від імені населення – ТГ. – Авт.*);

– по-друге, передбачає забезпечення становлення й розвитку МСВ в Україні, визначення концептуальних політико-правових, організаційних, фінансово-економічних напрямів та заходів державної підтримки і розвитку МСВ (*вказівка не стільки на самостійність МСВ і створення можливостей для самостійного функціонування ОМСВ, скільки акцентування на системі державній підтримці МСВ, що означає фактично тотальний контроль з боку держави за його функціонуванням і здійсненням. – Авт.*).

Вказівка про низку недоліків, що існують у сфері МСВ, у проекті супроводжувались зазначенням основних напрямів вирішення основних проблем муніципальної реформи, що у контексті дослідження, яке проводиться, передбачало не тільки розробку системних нормативних блоків – розділів (напрямів) муніципального реформування, а й проведення кропіткої роботи з реформування суспільної та індивідуальної свідомості, організаційної і нормопроектної роботи, а саме:

– формування в свідомості людей розуміння важливості ролі МСВ та розвиток ініціативи населення (*формування муніципальної свідомості, муніципальної психології, муніципальної персонології, засад європейського муніципалізму. – Авт.*);

– чітке розмежування повноважень органів державної влади та ОМСВ (*втілення в практику національного муніципалізму передового досвіду муніципального нормопроектування. – Авт.*);

– прийняття законодавчих актів, які визначають особливості права комунальної власності та компетенцію ОМСВ щодо розпорядження нею (*запровадження реальних заходів стосовно створення належної матеріально-ресурсної бази МСВ через застосування механізмів управління комунальною власністю. – Авт.*);

– забезпечення матеріальної та фінансової бази МСВ шляхом корегування бюджетної політики держави (*запровадження реальних механізмів фінансової децентралізації в сфері МСВ. – Авт.*);

– вдосконалення адміністративно-територіального устрою (*запровадження реальних механізмів управління територіями з боку ОМСВ. – Авт.*).

Далі в історичній ретроспективі розробки документів, що передбачали муніципальне реформування в Україні, слід акцентувати увагу на запропонованій Мінрегіонбудом України у 2009 р. та схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України № 900-р. від 29 липня цього ж року Концепції реформи місцевого самоврядування¹⁴. Відповідно до цієї Концепції метою реформування МСВ в Україні є підвищення якості життя людини за рахунок створення умов для сталого розвитку ТГ як самостійних та самодостатніх соціальних спільнот, члени яких матимуть можливість ефективно захищати власні права та інтереси шляхом участі у вирішенні питань місцевого значення. Отже, бачимо вже постанову та формулювання більш глибоких та системних телеологічних домінант реформування основоположного інституту локальної демократії, що сформувані на реформування її первинного суб'єкта – ТГ з метою:

а) підвищення якості життя людини (*генеральна телеологічна домінанта. – Авт.*);

б) сталого розвитку ТГ (*стратегічна телеологічна домінанта – Авт.*);

в) формування ТГ як самостійних та самодостатніх соціальних спільнот (*стратегічно-перманентна телеологічна домінанта – Авт.*);

г) формування реальних можливостей для членів ТГ ефективно захищати власні права та інтереси (*функціонально-захисна телеологічна домінанта – Авт.*);

г) участі жителів-членів ТГ у вирішенні питань місцевого значення (*мотиваційно-діяльнісна телеологічна домінанта – Авт.*).

Звідси для супроводження і забезпечення – організаційного, нормативного, управлінсько-субординаційного, управлінсько-координаційного, управлінсько-реординаційного та комплексно-ресурсного – наведених телеологічних домінант в контекстуалізації їх реалізації, об'єктивно необхідною виступає розробка профільних системних нормативних блоків муніципального реформування, що будуть ідентифікувати розділи (напрями) профільної реформи.

Саме тому автори Концепції для досягнення поставленої мети запропонували вирішення низки більш деталізованих і покерованих телеологічних домінант, що в своїй перспективній сукупності можуть вирішити генеральну телеологічну домінанту розвитку МСВ – підвищення якості життя людини в межах ТГ.

Отже, для створення реальної організаційної та фінансової самостійності ТГ, умов для наближення якості їх діяльності до європейських стандартів, треба, своєю чергою, організаційно передбачити, нормативно запроєктувати і практично вирішити:

– систему заходів політичного, правового, інституційного та організаційного характеру, спрямованих на створення умов, сприятливих для сталого розвитку ТГ (*завдання щодо набуття ТГ реальної правосуб'єктності – Авт.*);

– трансформацію базового рівня системи адміністративно-територіального устрою з метою формування первинного суб'єкта МСВ – ТГ, яка б мала необхідні правові, фінансові й інші ресурсні можливості для надання населенню повноцінних публічних послуг та забезпечення комфортних і безпечних умов проживання людини в селі, селищі, місті (*завдання щодо належного ресурсного забезпечення ТГ як первинного суб'єкта МСВ. – Авт.*);

– стимулювання процесу становлення ТГ як цілісної (інтегрованої) солідарної соціальної спільноти, члени якої усвідомлюють свої інтереси та спроможні їх відстоювати у співпраці з ОМСВ (*завдання щодо належного соціально-правового, інтерсуб'єктивного, організаційно та нормативно спроможного забезпечення ТГ як первинного суб'єкта МСВ. – Авт.*);

– стимулювання розвитку форм прямої демократії та створення умов для безпосередньої участі жителів у вирішенні питань місцевого значення, в тому числі через органи самоорганізації населення, громадські організації та інші об'єднання громадян (*завдання щодо забезпечення локальних процесів в середині ТГ і навколо неї належними та ефективними демократичними механізмами і процедурами прийняття рішень та контролю за їх виконанням, а також через становлення і розвиток в рамках ТГ сублокальних інституцій МСВ і локальних інституцій громадянського суспільства. – Авт.*);

– перерозподіл повноважень між ОМСВ та місцевими органами виконавчої влади, а також ОМСВ різного територіального рівня на засадах децентралізації публічного управління та принципу субсидіарності з метою недопущення подвійного підпорядкування й дублювання функцій і завдань (*завдання щодо наділення і забезпечення ОМСВ різних рівнів належною компетенційною базою відповідно до основоположних принципів муніципального реформування – децентралізації і субсидіарності з метою недопущення конфліктів і колізій муніципально-правового характеру. – Авт.*);

– удосконалення процедур формування ОМСВ та обрання сільських, селищних, міських голів (*завдання щодо забезпечення і супроводження електоральних процесів формування ОМСВ та інституту їх посадових осіб належними процедурно-процесуальними конструкціями нормативного характеру. – Авт.*);

– створення умов для належного матеріального, фінансового та іншого ресурсного забезпечення виконання завдань і функцій МСВ (*завдання щодо належного поліресурсного забезпечення й супроводження процесів реалізації компетентно-функціональних настанов МСВ. – Авт.*).

Системний аналіз наведених телеологічних домінант покерованого реформування МСВ дає можливість говорити, по-перше, про їх різний організаційний потенціал; по-друге, про різність у їх нормативному забезпеченні; по-третє, про їх внутрішню колізійність (суперечливість) та невідповідність один одному (за суб'єктами виконання, ресурсним забезпеченням, рівнем втручання органів публічної влади тощо), бо вирішення одних напрямів є неможливим без попереднього вирішення інших тощо. Разом з тим треба визнати, що їх сукупність, наведена в єдиному документі під назвою «концепція», не зважаючи на їх різноплановий та різнорівневий (держава, ОМСВ, ТГ тощо) характер є виправданою та праксеологічно обгрунтованою, бо, з одного боку, дає чудову можливість охопити одним поглядом всю грандіозність задач з муніципального реформування, а з другого, – структурувати такі завдання для їх наступного організаційного та організаційно-правового обгрунтування і забезпечення, оскільки саме це дає можливість виокремити системні блоки – напрями муніципальної реформи.

Наведений висновок можна застосувати і до законопроекту Асоціації міст України – «Концепція реформи місцевого самоврядування» № 9646 від 26 грудня 2011 р., що був запропонований і внесений на розгляд народними депутатами України Ю.І. Ганушаком, Ш.Г. Кириленком, С.П. Подгорним, А.С. Матвієнком, В.П. Кравчук¹⁵.

Системний та порівняльний аналіз наведеного документа свідчить про те, що він задекларував і містить якісно нову – системну і розширену телеологічну домінанту муніципальної реформи, через проголошення її основною метою забезпечення ефективної системи МСВ відповідно до вимог Європейської хартії місцевого самоврядування, яка повинна охоплювати наступні сфери: а) інституційну реформу МСВ; б) адміністративно-територіальну реформу; в) децентралізацію та делегування повноважень; г) фінансову децентралізацію; г) державний нагляд за діяльністю ОМСВ; е) інтегрування реформи МСВ у більш загальну реформу публічної адміністрації; є) інфраструктуру та житлово-комунальні послуги.

Отже, виходячи з поставленої мети, автори визначили завдання Концепції у формуванні в Україні *спроможного місцевого самоврядування європейського зразка*. Для досягнення поставленого завдання вони зажадали вирішити низку системних завдань стратегічного характеру, що торкаються визначення наступних чинників розвитку ТГ через досягнення показників їх: а) оптимальності в розвитку, б) спроможності у повсякденній діяльності, в) забезпеченості належними і достатніми повноваженнями та компетенційними

повноваженнями їх ОМСВ, г) належного ресурсного забезпечення їх існування та функціонування, а саме: оптимальної територіальної основи спроможних ТГ; оптимальної системи МСВ таких ТГ; повноважень з надання публічних послуг, які мають бути передані ОМСВ ТГ; ресурсна база ТГ.

Крім того, наведений документ містить в собі суттєвий синергійний потенціал, бо передбачає проведення реформи МСВ у комплексі із реформою адміністративно-територіального устрою. Основою реалізації даного варіанта є ідея формування економічно спроможних ТГ як первинного рівня МСВ одразу на новій територіальній основі. Треба констатувати, що такий методологічний підхід дійсно створює передумови для створення дієздатних ТГ та розв'язання завдань оптимізації територіальних основ врядування.

Слід зазначити, що наведений методологічний підхід лежить в основі ще одного документа, розробленого Міністерством регіонального розвитку, будівництва та ЖКГ України за підтримки Ради Європи – Проєкту «Концепції реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні»¹⁶. Характерною особливістю вказаного документа є те, що він визначає чітке і оптимальне структурологічне бачення муніципального реформування у поєднанні двох реформ – МСВ та територіальної організації влади в державі, а саме: зміст, мету, завдання, напрями, етапи та організаційно-правові основи муніципальної реформи, що дають змогу визначити системні нормативні блоки – розділи (напрями) її проведення.

Насамперед вражає запропоноване системне, комплексне та суб'єктно-предметне охоплення змістовно-го наповнення муніципальної реформи.

Отже, її зміст: по-перше, – полягає у комплексній перебудові існуючої системи, яка охоплює територіальну основу ОМСВ базового рівня (муніципальний рівень, який в українській номенклатурі має різні назви), ОМСВ всіх рівнів, в тому числі виконавчі комітети регіональних (обласних) та районних рад, розподіл завдань між ОМСВ різних рівнів, глибинну реорганізацію місцевої державної адміністрації, яка має виконувати функції координації та нагляду; по-друге – передбачає перехід на нову модель організації регіональної влади.

Головною метою реформи МСВ (її стратегічною телеологічною домінантою) виступає підвищення якості життя людей у містах, селищах та селах шляхом забезпечення спроможності ОМСВ створювати економічні й соціальні умови розвитку ТГ та їх об'єднань, а також забезпечення місцевими органами виконавчої влади, територіальними органами центральних органів виконавчої влади територіальної доступності жителів цих ТГ до адміністративних, соціальних та інших послуг.

Системний аналіз наведеного дає змогу стверджувати, що основоположний акцент в муніципальному реформуванні тут зроблено на забезпеченні спроможності насамперед ОМСВ, що, своєю чергою, будуть створювати економічні і соціальні умови розвитку ТГ та їх об'єднань, а не на використанні й розвиток внутрішнього колективістського потенціалу самої ТГ. Це веде до відповідного управлінського песимізму, бо реформа МСВ транспонується не стільки в реформу локальної демократії, скільки підмінюється адміністративною реформою. І такий висновок має під собою реальну основу, бо, дійсно, муніципальна реформа виявляється складовою частиною адміністративно-територіальної реформи, яка органічно включає в себе також питання територіальної реорганізації виконавчої влади, але фактично не торкається питань наділення реальною правосуб'єктністю територіальних спільнот, що мешкають (існують та функціонують) на відповідній території держави.

Разом із тим необхідно зазначити, що головним завданням розробки цієї Концепції став аналіз актуальних проблем у сфері МСВ, визначення основних підходів та правових, організаційних, фінансових засад їх вирішення, узгодження таких підходів і засад у темпоральному розумінні з реформуванням адміністративно-територіального устрою.

Ключовим питанням Концепції є обґрунтування пропозицій щодо забезпечення на регіональному та місцевому рівні демократичної й ефективної організації управління, запровадження механізму оптимального самодостатнього функціонування суб'єктів МСВ.

Автори Концепції запропонували забезпечити для муніципалітетів два способи впровадження реформи: або шляхом об'єднання (злиття) ТГ в одну більшу громаду, або шляхом міжмуніципального співробітництва через утворення союзу громад, в якому діє один представницький орган та його виконавчі органи.

Отже, згідно з проєктом Концепції необхідно завершити територіальну реформу, що становить перший етап муніципальної реформи.

Вказаний документ мав би стати базовим актом у процесі здійснення муніципальної реформи в Україні, проте Урядом, з урахуванням результатів обговорення, запропонований Мінрегіоном проєкт розпорядження було знято з розгляду на невизначений термін.

Такої ж долі зазнав проєкт Указу Президента України від 2013 р. щодо схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні¹⁷. Він визначав шляхи і способи вирішення проблеми реформування інституту МСВ в державі одночасно з вирішенням питання територіальної організації влади. Позитивним потенціалом цього проєкту стала поява низки відповідних положень щодо поетапного і послідовного формування, визначення, розмежування компетенційних повноважень між ОМСВ різного рівнів, тобто в середині самої системи МСВ, а також між ОМСВ та органами виконавчої влади. Передбачалося реалізувати їх наступним шляхом через:

– запровадження обґрунтованої територіальної основи для діяльності ОМСВ та органів виконавчої влади, здатної забезпечити доступність і якість адміністративних та соціальних послуг, що надаються цими органами (*критерій вирішення питання визначення реальної територіальної основи та граничності повноважень ОМСВ та органів виконавчої влади на місцях.* – Авт.);

– створення правових умов та державної підтримки добровільного об'єднання ТГ (*критерій розробки процесів нормопроєктування – нормативізації, нормування і стимулювання процесів об'єднання ТГ з метою їх оптимізації, особливо в контекстуалізації можливості забезпечення ними публічних послуг, що надаються населенню. – Авт.*);

– створення належних матеріальних, фінансових та організаційних умов для забезпечення здійснення ОМСВ власних і делегованих повноважень (*на жаль, тільки через попередньо вирішення питання визначення кадастру і кола таких видів повноважень ОМСВ різних рівнів – самоврядних і делегованих, а не шляхом радикальної передачі всіх таких повноважень в самоврядні повноваження ТГ. – Авт.*);

– розмежування повноважень у системі ОМСВ та органів виконавчої влади на місцях на різних рівнях адміністративно-територіального устрою за принципом субсидіарності (*такий підхід у логічному підсумку повинен був привести до визначення кадастру і кола таких видів повноважень ОМСВ різних рівнів та виконавчих органів влади на місцях, а також до передачі делегованих повноважень органів виконавчої влади в самоврядні повноваження ТГ. – Авт.*);

– розмежування повноважень між місцевими органами виконавчої влади та ОМСВ на засадах децентралізації влади (*тут має місце пряма вказівка на можливість та умови передачі делегованих повноважень виконавчої влади в самоврядні повноваження ТГ. – Авт.*);

– недопущення дублювання повноважень, функцій і завдань ОМСВ різного рівня, а також органів виконавчої влади на місцях (*критерій розробки організаційних та нормативних умов для превенції колізійних станів та конфліктогенних ситуацій у відносинах між зазначеними суб'єктами. – Авт.*);

– удосконалення правового регулювання статусу та повноважень органів влади Автономної Республіки Крим, їх розмежування на власні та делеговані (*критерій визначення і вирішення актуальних питань здійснення повноважень ОМСВ в рамках національно-культурної автономії в державі. – Авт.*);

– встановлення механізмів державного контролю за законністю рішень ОМСВ та якістю надання населенню адміністративних і соціальних послуг (*критерій вирішення питань вдосконалення адміністративно-судового захисту прав МСВ, ТГ, ОМСВ, а також інтересів держави й суспільства. – Авт.*);

– максимального залучення населення до прийняття управлінських рішень, сприяння розвитку форм демократії участі на місцях (*через стимулювання факторів мотивації жителів-членів ТГ до участі у МСВ та з метою розвитку демократичних форм врахування суспільної думки населення через локальні інституції громадянського суспільства. – Авт.*);

– встановлення механізмів координації діяльності місцевих органів виконавчої влади (*наведене положення залишається вельми спірним у силу свого неконкретного формулювання та невизначення суб'єкта такої координації – чи такі механізми передбачають координацію діяльності місцевих органів виконавчої влади з боку вищестоящих органів виконавчої влади, чи обласних державних адміністрацій щодо районних тощо. – Авт.*).

Вельми позитивним в цьому проєкті Концепції є закріплення і спроба легалізації принципів муніципального і територіального реформування. На нашу думку, у разі прийняття та дії цього документа це сприяло б не тільки: а) посиленню організаційної та нормативної засад профільної трансформації муніципальної і територіальної реальності, а й б) визначенню складових системних блоків – розділів (напрямів) муніципальної реформи, а також в) формуванню відповідної діялісно-управлінської парадигми органів публічної влади щодо профільного реформування.

Отже, те що реформування МСВ має базуватись на основі Конституції України, законів України та положеннях Європейської хартії місцевого самоврядування 1985 р., є загальноновизнаним. Але те, що таке реформування повинно здійснюватися, виходячи з відповідних принципів, безумовно, це новела. До названих принципів тут належать наступні:

- верховенства права та законності;
- відкритості, прозорості та громадської участі;
- повсюдності МСВ;
- субсидіарності;
- доступності адміністративних і соціальних послуг;
- підзвітності та підконтрольності органів і посадових осіб МСВ ТГ;
- підконтрольності ОМСВ органам виконавчої влади у межах делегованих повноважень;
- правової, організаційної та фінансової спроможності МСВ;
- державної підтримки МСВ;
- партнерства між державою та МСВ;
- стимулювання економічного зростання територій.

Системний аналіз наведених принципів дає змогу стверджувати, що, за великим рахунком, вони володіють різною природою щодо муніципального реформування: конститууючою, інституційною, функціональною, процесуальною, колабораційною тощо. Крім того, деякі з наведених принципів характеризуються подвійною природою. Так, наприклад, до конститууючих принципів муніципальної реформи можна віднести принципи верховенства права та законності; повсюдності місцевого самоврядування, а також принцип державної підтримки МСВ.

Своєю чергою, до інституційних принципів належать принципи підзвітності та підконтрольності органів і посадових осіб МСВ ТГ, а також принцип підконтрольності ОМСВ органам виконавчої влади у межах делегованих повноважень.

Функціональними принципами муніципальної реформи виступають принципи відкритості, прозорості та громадської участі, субсидіарності, принцип доступності адміністративних та соціальних послуг, а також принцип правової, організаційної та фінансової спроможності МСВ і принцип стимулювання економічного зростання територій.

Високим процесуальним потенціалом володіє принцип субсидіарності. Колабораційною характерологією володіють принципи партнерства між державою та МСВ, а також принцип державної підтримки МСВ.

Висновки. Резюмуючи викладене вище, можна дійти наступних висновків:

– муніципальне реформування в Україні є складним комплексним і системним фактором, який скеровано в бік провадження нових управлінських, організаційних, нормативно-правових європейських стандартів у сфері місцевого самоврядування з метою побудови його ефективної моделі національного зразка, що базується на засадах децентралізації та субсидіарності;

– процес муніципального реформування здійснюється в Україні багато років і характеризується участю у зазначених процесах широкого кола учасників, починаючи від органів публічної влади і закінчуючи інституційними структурами громадянського суспільства та міжнародних міждержавних організацій, що розробляють індивідуально або колективно відповідні проекти муніципальної реформи, які відрізняються стратегічними цілями, методами і формами реалізації, їх черговістю та рівнем організаційного і організаційно-правового супроводження й забезпечення;

– з одного боку, велика кількість концептів та програмних нормативно-правових актів муніципального реформування сприяє уповільненню його темпів та труднощам у виборі національної системи МСВ, а з іншого, – демонструє, конкретизує, деталізує позицію суб'єктів-учасників проведення муніципальної реформи, відповідні методи і засоби її реалізації, і що є головним до предмета дослідження цієї статті, – системні блоки – розділи муніципальної реформи, які торкаються законодавчого забезпечення МСВ, становлення реальної правосуб'єктності ТГ, формування власного компетенційного масиву повноважень ОМСВ, удосконалення механізмів локального захисту прав і свобод людини (особистості) на локальному рівні соціуму, остаточного формування територіальної організації влади тощо;

– виявлення за підсумками проведеного системного аналізу відсутності: а) послідовності у прийнятті та скасуванні попередніх актів при прийнятті нових аналогічного змісту; б) розв'язання управлінських завдань щодо прийняття вже розроблених актів (на рівні Президента України та Уряду України); в) чіткої визначеності з колом суб'єктів, до повноважень яких належить прийняття концептуальних (програмних) актів про реформування місцевого самоврядування в Україні; г) координації, узгодженості та послідовності у часі, просторі, по колу суб'єктів постановки стратегічних телеологічних доміант муніципального реформування та його тактичних кроків; д) пріоритетності у постановці конкретних і чітких задач реформування; е) переліку основоположних принципів муніципального реформування і уніфікованості родових найменувань досліджуваних актів та їх проєктів; е) точності в їх номенології – індивідуальних найменувань у контексті відображення їх реальної змістовності, – ставлять чітке і стратегічне завдання розробки єдиного документа стратегічної властивості з муніципального реформування з чіткими ознаками нівелювання наведених недоліків та врахуванням позитивних напрацювань ретроспективного планування, конституційно-законодавчого проєктування та належного організаційного і організаційно-правового супроводження й забезпечення проєктних процесів.

¹ Мішина Н. Муніципальна реформа в Україні: стан і перспективи. *Право України*. 2018. № 4. С. 126–138. С. 126.

² Демиденко В.О. Гомеостаз у теорії та практиці муніципального права як комплексної галузі України. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2019. № 2 (18). С. 109–115. С. 109.

³ Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁴ Про підтримку ініціативи щодо створення Конституційної Асамблеї: Указ Президента України від 21 лютого 2011 р. № 224/2011. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/13153.html>

⁵ Конституційна Асамблея розглянула питання реформи місцевого самоврядування. URL: <http://www.president.gov.ua/news/25484.html>

⁶ Бойко Ю.В. Концептуальні основи побудови механізму організаційно-правового забезпечення муніципальної реформи в Україні. *Сучасний розвиток державотворення та правотворення в Україні: проблеми теорії та практики* : матеріали II Міжнародної наук.-практ. конф. студентів, аспірантів і молодих учених (15 березня 2013 р.) / за заг. ред. К.В. Балабанова. Маріуполь : МДУ, 2013. С. 31–33. С. 31–32.

⁷ Концепція Програми законодавчого забезпечення розвитку місцевого самоврядування: схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України № 416-р від 25 червня 2002 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/416-2002-%D1%80#Text>

⁸ Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: постанова Кабінету Міністрів України від 15 жовтня 2004 р. № 136. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1365-2004-%D0%BF#Text>

⁹ Європейська хартія місцевого самоврядування 1985 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_036#Text

¹⁰ Концепція адміністративної реформи в Україні: затверджена Указом Президента України «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні» № 810 від 22 липня 1998 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98#Text>

¹¹ Там само.

¹² Проект концепції національної програми. *Місьцеве самоврядування*. Київ, 1997. № 5–6. С. 123–124.

¹³ Концепція реформи місцевого самоврядування в Україні (муніципальної реформи): проект, внесений народним депутатом України Коновалюком В.І. № 6099 від 20.09.2000 р. Верховна Рада України, 2000. С. 3.

¹⁴ Концепція реформи місцевого самоврядування. розпорядження Кабінету Міністрів України № 900 від 29 липня 2009 р. URL: <http://www.minregionbud.gov.ua/index.php?id=1671>

¹⁵ Про Концепцію реформи місцевого самоврядування: Закон України (проект) від 26 грудня 2011 р. № 9646. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF7FY00A.html

¹⁶ Адміністративно-територіальна реформа та місцеве самоврядування: нормотворення та експертні оцінки / упоряд. О.С. Врублевський. Київ : Ін-т громадян. сусп-ва, 2009. 56 с.

¹⁷ Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні: проект Указу Президента України від 8 квітня 2013 р. URL: https://dozvil.kh.ua/info_monitoring/21.html

Резюме

Хван Р.М. Муніципальна реформа в Україні: доктринальний підхід до визначення складових системних блоків реалізації.

Метою цієї статті є дослідження доктринальних підходів до визначення складових системних блоків – розділів муніципальної реформи в Україні в контексті їх реалізації.

Аргументовано, що процес муніципального реформування здійснюється в Україні багато років і характеризується участю в зазначених процесах широкого кола учасників, починаючи від органів публічної влади і закінчуючи інституційними структурами громадянського суспільства та міжнародних міждержавних організацій, що розробляють індивідуально або колективно відповідні проекти муніципальної реформи, які відрізняються стратегічними цілями, методами і формами реалізації, їх черговістю та рівнем організаційного та організаційно-правового супроводження і забезпечення.

Стверджується, що, з одного боку, велика кількість концептів та програмних нормативно-правових актів муніципального реформування сприяє уповільненню його темпів та труднощам у виборі національної системи МСВ, а з іншого, – демонструє, конкретизує, деталізує позицію суб'єктів-учасників проведення муніципальної реформи, відповідні методи і засоби її реалізації і, що, є головним щодо предмета дослідження цієї статті, – системні блоки – розділи муніципальної реформи, які стосуються законодавчого забезпечення місцевого самоврядування, становлення реальної правосуб'єктності територіальних громад, формування власного компетенційного масиву повноважень органів місцевого самоврядування, вдосконалення механізмів захисту прав і свобод людини (особистості) на локальному рівні соціуму, остаточного формування територіальної організації влади тощо.

Ключові слова: місцеве самоврядування, муніципальна реформа, територіальна громада, системні блоки – розділи муніципальної реформи, органи місцевого самоврядування, компетенція органів місцевого самоврядування, захист прав і свобод людини.

Резюме

Хван Р.М. Муніципальная реформа в Украине: доктринальный подход к определению составляющих системных блоков реализации.

Целью этой статьи является исследование доктринальных подходов к определению составляющих системных блоков – разделов муниципальной реформы в Украине в контексте их реализации.

Аргументировано, что процесс муниципального реформирования осуществляется в Украине много лет и характеризуется участием в указанных процессах широкого круга участников, начиная от органов публичной власти и заканчивая институциональными структурами гражданского общества и международных межгосударственных организаций, разрабатывающих индивидуально или коллективно соответствующие проекты муниципальной реформы, которые отличаются стратегическими целями, методами и формами реализации, их очередностью реализации и уровнем организационного и организационно-правового сопровождения и обеспечения.

Утверждается, что, с одной стороны, большое количество концептов и программных нормативно-правовых актов муниципального реформирования способствует замедлению его темпов и трудностям в выборе национальной модели местного самоуправления, а с другой, – демонстрирует, конкретизирует, детализирует позицию субъектов-участников проведения муниципальной реформы, соответствующие методы и средства ее реализации, и что является главным относительно предмета исследования настоящей статьи, – системные блоки – разделы муниципальной реформы, затрагивающие законодательное обеспечение местного самоуправления, становление реальной правосубъектности территориальных громад, формирование собственного компетенционного массива полномочий органов местного самоуправления, совершенствование механизмов защиты прав и свобод человека (личности) на локальном уровне социума, окончательного формирования территориальной организации власти и др.

Ключевые слова: местное самоуправление, муниципальная реформа, территориальная громада, системные блоки – разделы муниципальной реформы, органы местного самоуправления, компетенция органов местного самоуправления, защита прав и свобод человека.

Summary

Ruslan Hwan. Municipal reform in Ukraine: a doctrinal approach to determining the components of system implementation blocks.

The purpose of this article is to study doctrinal approaches to determining the components of system blocks – sections of municipal reform in Ukraine in the context of their implementation.

It is argued that the process of municipal reform has been carried out in Ukraine for many years and is characterized by the participation of a wide range of participants, from public authorities to institutional structures of civil society and international intergovernmental organizations that develop individually or collectively relevant municipal reform projects. goals, methods and forms of implementation, their priority and level of organizational and organizational and legal support and provision.

It is argued that, on the one hand, a large number of concepts and program regulations of municipal reform contributes to slowing down its pace and difficulties in choosing a national system of EOM, and on the other – demonstrates, concretizes, details the position

Конституційне право. Муніципальне право

of participants in municipal reform, appropriate methods and means of its implementation, and what is the main subject of this article – system blocks – sections of municipal reform concerning the legislative support of local government, the formation of real legal personality of territorial communities, the formation of its own competence of local governments, improvement mechanisms of local protection of human rights and freedoms (individual) at the local level of society, the final formation of the territorial organization of power, etc.

Key words: local self-government, municipal reform, territorial community, system blocks – sections of municipal reform, local self-government bodies, competence of local self-government bodies, protection of human rights and freedoms.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.28

УДК 351.77:614.2:351.74

О.Г. СТРЕЛЬЧЕНКО, О.А. БУХТІЯРОВ, І.Л. БУЛИК

*Оксана Григорівна Стрельченко, доктор юридичних наук, професор, професор Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0001-5965-9764

*Олексій Анатолійович Бухтіяров, кандидат юридичних наук, доцент Університету державної фіскальної служби України***

ORCID: 0000-0002-6372-0756

*Ірина Ленонідівна Булик, кандидат юридичних наук, доцент Національної академії внутрішніх справ****

ORCID: 0000-0001-8072-5287

ПРИРОДА ФІНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МЕДИЧНОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ ПРАЦІВНИКІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ

Постановка проблеми. В усі часи здоров'я людини розглядалося як найвища цінність суспільства, що становить основи духовного та економічного розвитку держави. Протягом багатьох століть науковці та фахівці в галузі медицини приділяли багато уваги вивченню феномена здоров'я не лише в наукових цілях, а й для збереження здоров'я людей в цілому. Загальновідомо, що головним чинником реалізації соціальної політики держави є її спроможність забезпечити надання якісної медичної допомоги всім категоріям громадян.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зауважити, що у вітчизняній юридичній літературі дослідженнями проблеми та перспективи регулювання медичного забезпечення займалися такі провідні фахівці в галузі адміністративного та фінансового права, як В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, О.М. Бандурка, В.Т. Білоус, І.Л. Бородін, Л.К. Воронова, І.П. Голосніченко, Є.В. Додін, Н.К. Ісаєва, В.К. Колпаков, А.Т. Комзюк, О.В. Копан, Є.Б. Кубко, О.В. Кузьменко, М.П. Кучерявенко, О.Г. Стрельченко, А.А. Нечай, В.І. Олефір, В.Ф. Опришко, О.П. Орлюк, Н.Ю. Пришва та ін.

Формулювання мети статті полягає у комплексному аналізі системи фінансово-правового регулювання медичного забезпечення поліцейських та вдосконалення нормативно-правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Зауважимо, що відповідно до ст. 49 Конституції України: «Кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування»¹. З цього стає зрозумілим, що держава гарантує громадянам саме охорону здоров'я, а не його наявність чи штучне створення, а тому відводиться велика частка часу саме на вивчення феномена здоров'я, для його зміцнення чи відновлення фізичного та психологічного стану після хвороб чи травм. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» визначає, що «охорона здоров'я – система заходів, спрямованих на збереження та відновлення фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездат-

© О.Г. Стрельченко, О.А. Бухтіяров, І.Л. Булик, 2020

* *Oksana Strelchenko, Dr. hab. in Law, Professor, Professor of the National Academy of Internal Affairs*

** *Alexey Bukhtiyarov, Ph.D. in Law, Associate Professor of the University of the State Fiscal Service of Ukraine*

*** *Iryna Bulyk, Ph.D. in Law, Associate Professor of the National Academy of Internal Affairs*

ності та соціальної активності людини при максимальній біологічно можливій індивідуальній тривалості її життя. Такі заходи здійснюють органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи, заклади охорони здоров'я; фізичні особи – підприємці, які зареєстровані у встановленому законом порядку та одержали ліцензію на право провадження господарської діяльності з медичної практики; медичні та фармацевтичні працівники, фахівці з реабілітації, громадські об'єднання і громадяни»².

Аксіомою є те, що людина з народження має здоров'я при умові зорового запліднення, розвитку та народженні, тому обов'язком держави є лише охорона та збереження такого стану здоров'я, що надано людині при народженні.

Конституція України, покладаючи цей обов'язок на державні та комунальні заклади охорони здоров'я, зазначає: «Медична допомога надається безоплатно; існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена. Держава сприяє розвитку лікувальних закладів усіх форм власності. Держава дбає про розвиток фізичної культури і спорту, забезпечує санітарно-епідемічне благополуччя»³.

У свою чергу Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» визначає: «Медична допомога надається відповідно до медичних показань професійно підготовленими медичними працівниками, які перебувають у трудових відносинах із закладами охорони здоров'я, що забезпечують надання медичної допомоги згідно з одержаною відповідно до закону ліцензією, та фізичними особами – підприємцями, які зареєстровані та одержали відповідну ліцензію в установленому законом порядку і можуть перебувати з цими закладами у цивільно-правових відносинах. У закладах охорони здоров'я з метою забезпечення освітнього процесу медична допомога може надаватися науково-педагогічними працівниками закладів вищої (післядипломної) освіти, які здійснюють підготовку кадрів у сфері охорони здоров'я, за умови, що вони мають сертифікат лікаря-спеціаліста та отримали погодження керівника закладу охорони здоров'я на надання медичної допомоги пацієнту, форма якого затверджується центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я. Участь у наданні всіх видів медичної допомоги, під керівництвом лікаря закладу охорони здоров'я, беруть лікарі-інтерни відповідно до положення, затвердженого центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я. Медична допомога за видами поділяється на екстрену, первинну, вторинну (спеціалізовану), третинну (високоспеціалізовану), паліативну. Порядок надання медичної допомоги лікарями та іншими медичними працівниками і порядок направлення пацієнтів до закладу охорони здоров'я, що надає медичну допомогу відповідного виду, встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, якщо інше не передбачено законом»⁴.

Держава, гарантуючи охорону здоров'я, покладає цей обов'язок не лише на медичних працівників, а й на правоохоронні органи. Так, поліція призначена для захисту життя, здоров'я, прав і свобод громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства; для протидії злочинності, охорони громадського порядку, власності та для забезпечення громадської безпеки⁵.

Таким чином, співробітники поліції, захищаючи і охороняючи здоров'я усіх громадян і осіб без громадянства, наражають себе та своє здоров'я на небезпеку, чим подвоюють загрозу. Враховуючи це, держава надає гарантії щодо отримання поліцейськими безкоштовних медичних послуг у медичних закладах охорони здоров'я Міністерства внутрішніх справ України.

Так, ст. 95 Закону України «Про Національну поліцію» визначає: «Поліцейським гарантується безоплатне медичне забезпечення в закладах охорони здоров'я Міністерства внутрішніх справ України. У разі відсутності за місцем проходження служби, місцем проживання або тимчасового перебування поліцейських закладу охорони здоров'я Міністерства внутрішніх справ України чи відповідних відділень або спеціального медичного обладнання, необхідного для надання медичної допомоги, а також у невідкладних випадках медична допомога надається державними або комунальними закладами охорони здоров'я. У разі відсутності спеціального медичного обладнання, медичних фахівців або спеціалізованих відділень у закладах охорони здоров'я Міністерства внутрішніх справ України, а також в інших державних та комунальних закладах охорони здоров'я, медичних показань, визначених закладом охорони здоров'я Міністерства внутрішніх справ України, бюджетних асигнувань поліцейській може бути направлений за висновком відповідного закладу охорони здоров'я на обстеження або лікування до приватного закладу охорони здоров'я або іноземного медичного закладу. Члени сімей поліцейських (дружина (чоловік), діти до 18 років, а в разі їх навчання у вищих навчальних закладах – до 23 років), а також члени сімей поліцейських, які загинули (померли), пропали безвісти, стали особами з інвалідністю під час проходження служби в поліції (у тому числі під час участі в міжнародних миротворчих операціях), мають право на безоплатне медичне обслуговування в закладах Міністерства внутрішніх справ України. Поліцейські та члени їхніх сімей (дружина (чоловік), діти до 18 років, а в разі їх навчання у вищих навчальних закладах – до 23 років) мають право на пільгове реабілітаційне, санаторно-курортне лікування, оздоровлення та відпочинок у медичних реабілітаційних центрах, санаторіях, будинках відпочинку, пансіонатах та оздоровчих закладах Міністерства внутрішніх справ України за рахунок бюджетних коштів.

Поліцейські сплачують 25 відсотків, а члени їхніх сімей – 50 відсотків собівартості путівки в таких закладах та інших відповідних закладах, що визначаються Міністерством внутрішніх справ України. Члени сімей поліцейських, які загинули (померли) під час проходження служби в поліції, мають право на безоплатне санаторно-курортне лікування та оздоровлення один раз на два роки. До таких членів сімей належать: дружина (чоловік), якщо вона (він) не одружилися вдруге, діти до 18 років, а в разі їх навчання у вищих

навчальних закладах – до 23 років, а також діти з інвалідністю з дитинства (незалежно від віку). Громадяни України з числа колишніх поліцейських, які були звільнені зі служби за станом здоров'я, за віком, у зв'язку із скороченням штату, та члени їхніх сімей (дружина (чоловік), діти до 18 років, а в разі їх навчання у вищих навчальних закладах – до 23 років) мають право на медичне забезпечення в закладах охорони здоров'я Міністерства внутрішніх справ України⁶.

Держава гарантує не лише безоплатне лікування поліцейських та членів їх сімей, а й піклується щодо профілактики та попередження захворювань, зобов'язуючи поліцейських щороку проходити комплексний медичний огляд (диспансеризацію), а за необхідності – цільові медичні огляди, психофізіологічні обстеження і тестування⁷.

Медичне забезпечення органів поліції має виняткове значення, оскільки саме за допомогою цієї внутрішньосистемної функції працівниками органів поліції, членами їхніх сімей та пенсіонерами МВС України та Національної поліції безпосередньо реалізується закріплене ст. 49 Конституції України право кожного на охорону здоров'я. Так, зокрема, здійснюються первісне вивчення стану здоров'я кандидатів на службу в поліції та подальші щорічні профілактичні огляди, що допомагають своєчасно виявляти проблеми зі здоров'ям та запобігати розвиткові захворювань серед особового складу органів Національної поліції.

Нині до системи лікувально-профілактичних закладів органів внутрішніх справ входять два госпіталі, 29 лікарень з поліклініками, 14 амбулаторно-поліклінічних закладів, 12 медичних реабілітаційних об'єктів, 29 військово-лікарських комісій, 28 центрів психіатричної допомоги та професійного психофізіологічного відбору, 27 санітарно-епідеміологічних станцій, 21 служба та здоров'я пункти при навчальних закладах.

Разом із тим непослідовність державної політики у сфері охорони здоров'я, відсутність належного фінансування, суперечливість окремих кроків реформування відомчої медицини, невід'ємною складовою якої є медичне забезпечення поліції, спонукають до його подальшого вдосконалення, що неможливо без ґрунтованих наукових досліджень адміністративно-правових засад цієї внутрішньосистемної діяльності⁸.

Реформування органів внутрішніх справ України мало включати в себе і запровадження нової парадигми поліцейського медичного обслуговування.

Адже саме це сприятиме максимальному наближенню роботи співробітників Національної поліції України до високих стандартів організації та функціонування правоохоронних структур розвинутих демократичних країн, характерними ознаками яких є не тільки більш якісне виконання своїх завдань на основі довіри і партнерства з населенням, а й стабільно високий рівень внутрішньоорганізаційного (кадрового, фінансового, матеріально-технічного, психологічного, медичного) забезпечення⁹.

Маючи проблеми в системі охорони здоров'я, такі як недостатність фінансових коштів і низька якість медичного забезпечення, вважаємо за доцільне застосування світового досвіду функціонування системи охорони здоров'я – це добровільне і обов'язкове медичне страхування, що гарантуватиме громадянам їхнє конституційне право на отримання медичної допомоги та фінансування профілактичних заходів. Неодноразово наголошено, що поліцейські мають більше ризиків для нанесення шкоди своєму здоров'ю, тому пропонуємо ввести обов'язкове медичне страхування для працівників поліції за прикладом Ізраїлю та Швейцарії, де існує обов'язкове державне страхування для військовослужбовців і поліцейських¹⁰.

Висновки. З огляду на те, що фінансування органів поліції та їх медичне обслуговування відбувається з Державного бюджету, то і їх обов'язкове страхування, вважаємо, повинно здійснюватися в державних страхових компаніях, за рахунок держави, що стане кроком до поліпшення та розширення медичного забезпечення працівників поліції. Обов'язкове медичне страхування для працівників поліції буде запорукою отримання медичного обслуговування, незважаючи на економічний стан та наявність коштів у Державному бюджеті. Отримання страхових медичних коштів повинно бути врегульовано законодавчо, враховуючи ризики кожної окремої категорії поліцейських, з огляду на виконання ними своїх службових повноважень. Обов'язкове медичне страхування для працівників поліції реалізує принцип доступності медичних послуг, особливо в умовах сьогодення, коли медицина стає платною, але спроможність населення, на жаль, не зростає, а навпаки падає в умовах економічної кризи, викликаній пандемією COVID-19, що безпосередньо вплинула і на здоров'я поліцейських, які здійснюють свої повноваження, не озираючись на запроваджені карантину та локдауна, адже охорона здоров'я населення повинна відбуватися, незважаючи на жодні негаразди в державі та світі.

¹ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. *Голос України*. 1996. № 128.

² Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>

³ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. *Голос України*. 1996. № 128.

⁴ Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>

⁵ Національна поліція України. URL: <https://uk.wikipedia.org>

⁶ Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 р. *Голос України*. 2015. № 141–142.

⁷ Там само.

⁸ Логвиненко Б.О. Адміністративно-правові засади медичного забезпечення органів внутрішніх справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Дніпропетровськ. 2008. 21 с.

⁹ Логвиненко Б.О. Адміністративно-правові засади медичного забезпечення органів внутрішніх справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Дніпропетровськ. 2008. 21 с.; Іншин М.О. Сутність і значення соціального забезпечення працівників поліції

в сучасних умовах. *Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2015. № 4. С. 135.

¹⁰ Осадець С.С. Страхування. Київ: КНЕУ, 1998. С. 203.

Резюме

Стрельченко О.Г., Бухтіяров О.А., Булик І.Л. Природа фінансово-правового регулювання медичного обслуговування працівників Національної поліції.

Здоров'я є найбільшою суспільною та індивідуальною цінністю, пріоритетним критерієм соціально-економічного розвитку країни, а також значною мірою визначає стан соціального благополуччя громадян країни. Створення відомчої медицини в системі Міністерства внутрішніх справ було зумовлено необхідністю виконання низки спеціальних завдань, у тому числі: проведення медичної та психофізіологічної експертизи, здійснення медичного забезпечення оперативно-службової діяльності працівників системи МВС України. Слід також зауважити, що медичні відносини є не лише у сфері діяльності закладів охорони здоров'я, що підпорядковані Міністерству охорони здоров'я України, а й відомчих, зокрема тих, що входять до сфери управління Міністерства внутрішніх справ України. Такі заклади надають медичні послуги відповідним категоріям осіб, які мають право в них обслуговуватися, у тому числі і поліцейським.

Ключові слова: здоров'я, фінансово-правове регулювання, медичне забезпечення, поліції, Національна поліція.

Резюме

Стрельченко О.Г., Бухтияров А.А., Булик И.Л. Природа финансово-правового регулирования медицинского обслуживания работников Национальной полиции.

Здоровье является наибольшей общественной и индивидуальной ценностью, приоритетным критерием социально-экономического развития страны, а также в значительной степени определяет состояние социального благополучия граждан страны. Создание ведомственной медицины в системе Министерства внутренних дел было обусловлено необходимостью выполнения ряда специальных задач, в том числе: проведение медицинской и психофизиологической экспертизы, осуществление медицинского обеспечения оперативно-служебной деятельности работников системы МВД Украины. Следует также заметить, что медицинские отношения есть не только в сфере деятельности учреждений здравоохранения, подведомственных Министерству здравоохранения Украины, но и ведомственных, в частности тех, которые входят в сферу управления Министерства внутренних дел Украины. Такие заведения предоставляют медицинские услуги соответствующим категориям лиц, имеющим право в них обслуживаться, в том числе и полицейским.

Ключевые слова: здоровье, финансово-правовое регулирование, медицинское обеспечение, полиции, Национальная полиция.

Summary

Oksana Strelchenko, Alexey Bukhtiyarov, Iryna Bulyk. Nature financial and legal regulation of medical service of National Police employees.

Health is the greatest social and individual value, a priority criterion of socio-economic development of the country, and also largely determines the state of social well-being of citizens. The creation of departmental medicine in the system of the Ministry of Internal Affairs was due to the need to perform a number of special tasks, including: medical and psychophysiological examination, medical support of operational and service activities of employees of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. It should also be noted that medical relations exist not only in the sphere of activity of health care institutions subordinated to the Ministry of Health of Ukraine, but also departmental ones, in particular those within the sphere of management of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. Such facilities provide medical services to the appropriate categories of persons who have the right to be served in them, including the police. The activities of bodies and units of the National Police to generate their own revenues are not only a socially oriented way to attract additional financial resources to ensure the effective implementation of these units of state functions, but also solves a number of current issues of social protection of police: the state must create conditions providing police. At the present stage of state formation, according to the current legislation, there is a network of departmental health care facilities, which are maintained at the expense of budget funds. Such a network includes, along with clinics and hospitals, and health facilities (boarding houses, medical rehabilitation centers, recreation centers, etc.), cultural and sports organizations. In this context, the social protection of police officers should be considered in a broad sense, including a number of important components that are directly related to the provision of money. The issue of the widespread perception of social protection includes health care, as the provision of the latter undoubtedly allows to obtain a pronounced social effect. Medical support of police officers has a clear social orientation, this is what the functioning of departmental medicine of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine is aimed at.

Key words: health, financial and legal regulation, medical care, police, National Police.

І.В. ЗАВАЛЬНЮК

*Ігор Вікторович Завальнюк, кандидат юридичних наук, суддя Одеського окружного адміністративного суду**

ORCID: 0000-0002-6387-0199

ДО ПИТАННЯ ПОНЯТТЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД

Постановка проблеми. На сучасному етапі становлення нашої держави реформування судової системи набуває вже чи не перманентного характеру. Це зумовлює подальшу необхідність інтенсифікації ролі права при урегулюванні суспільних відносин, що виникають у сфері правосуддя. Важливість цієї сфери зумовлює наявність великого масиву вироблених нормативно-правових актів, якими унормовується істотна кількість понять.

Разом із тим неможливо стверджувати про наявність повноцінної термінологічної бази, відсутність якої виступає однією із причин створення значної кількості проблем, серед яких слід зазначити труднощі при виробленні уніфікованого тлумачення і труднощі у правозастосовній практиці, викликані відмінністю таких визначень.

Практика звернень громадян до національних і міжнародних судових установ дає можливість дійти висновку щодо неоднозначності тлумачення поняття права на справедливий суд самими скажниками. Як слушно зазначає І. Коваль, особи, які не досягли у судовому провадженні бажаного результату, не завжди можуть уточнити, у чому конкретно полягала неповага ... до їх права на справедливий суд¹.

Актуальність досліджуваного питання підкріплюється також офіційними даними, наведеними на сайті Європейського суду з прав людини: так, за 2019 р. від України надійшло 109 заяв (що посідає друге після Російської Федерації місце за кількістю), 22 з яких стосувалися саме порушення права на справедливий суд².

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різноманітним аспектам права на справедливий суд присвячувала свою увагу значна кількість дослідників, зокрема: О.П. Васильченко, Ф.В. Веніславський, В.В. Городовенко, І.Ф. Коваль, О.О. Комарова, О.Є. Скакун, О.В. Скупінський, В.М. Трубніков, В.П. Яценко та ін.

Водночас, не применшуючи значення цих та багатьох інших досліджень, зазначимо, що дискусійним у вітчизняній конституційно-правовій науці залишається навіть поняття права на справедливий суд. Тим більше відсутнє єдине розуміння щодо застосування цього поняття на практиці.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити поняття конституційного права на судовий розгляд та окреслити ступінь визначеності зазначеного права у національному законодавстві, а також співвідношення права на суд і права на справедливий суд.

Виклад основного матеріалу. Для того, щоб перейти до визначення поняття права на справедливий суд доцільно було б звернутися до складових цього поняття: «право», «справедливість», «суд».

Право людини у суб'єктивному його значенні є, за словами В.Ф. Веніславського, «формально визначеними і гарантованими соціальними можливостями людини, пов'язаними, як правило, з отриманням певних благ»³.

Що ж до поняття «суд», то в чинному законодавстві можемо віднайти декілька дефініцій:

1) Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 р. № 4002-ХІІ «суд» визначається як відповідний орган судової системи держави (ст. 2)⁴;

2) Кодекс адміністративного судочинства України 6 липня 2005 р. № 2747-IV визначає суд як суддю адміністративного суду, який розглядає і вирішує адміністративну справу одноособово, колегію суддів, інший визначений вищезазначеним кодексом склад адміністративного суду (п. 4 ч. 1 ст. 4)⁵;

3) окремі норми Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII також містять положення, що дають можливість визначити поняття суду. Так, ч. 3 ст. 16 дає нам уявлення про суд як про державний орган; ч. 8 ст. 19 визначає суд як юридичну особу, якщо інше не визначено законом тощо⁶;

4) у розумінні Європейської конвенції з прав людини суд є органом, який у матеріальному сенсі характеризується своєю роллю під час відправлення правосуддя (тобто встановлення істини по справі)⁷.

Для поняття суду невід'ємною є наявність повноважень постановляти обов'язкові до виконання рішення, що не можуть бути змінені несудовим органом (справа *Findlay v. United Kingdom*)⁸.

Таким чином право на суд може розглядатися як формально визначена можливість людини звертатися до відповідного органу судової системи держави з метою захисту своїх прав, свобод і законних інтересів, а також їх відновлення у разі порушення.

Як справедливо стверджує В.П. Яценко, право на суд містить декілька складових, серед яких слід виділити право доступу (у розумінні, що особі має бути забезпечена можливість звернутися до суду для вирішен-

ня певного питання); дотримання строків розгляду справ; ухвалення справедливого судового рішення та обов'язковість його виконання. Одним із найважливіших елементів права на суд виступає право на справедливий суд⁹.

Однак «акцент» у визначенні права на справедливий суд, на нашу думку, стоїть не на понятті права і не на понятті суду, а саме на тому, що право на суд має розглядатися крізь призму справедливості.

Справедливість по-різному розглядалась упродовж тривалого історичного проміжку часу: ми починаємо говорити про неї з давніх часів, і до сьогодні це питання не втрачає своєї актуальності. Філософія, етика, естетика, економіка, різні релігії вирують багатогранністю підходів і уявлень про справедливість. Говорячи про справедливість, зазвичай, ми розрізняємо три основні її виміри: філософський, соціальний і правовий. Філософський вимір справедливості багатогранний і, зокрема, зв'язаний із розумінням її як «правила розуму, що забороняє нам робити що-небудь, що згубне для нашого життя, з чого виходить, що справедливість є природний закон» (Т. Гоббс)¹⁰. Концепт справедливості нерозривно зв'язаний із поняттями права та закону, суспільства та судочинства. В.В. Городовенко слушно говорить про так звану «процедурну справедливість», під якою розуміє певну функцію, покладену на судову владу як на арбітра, що розглядає та вирішує юридично значущі справи, а також відіграє важливу роль у вирішенні конфліктів¹¹.

Соціальна справедливість зазвичай розглядається в якості прояву порядності у сфері розподілу багатств, благ і доходів між членами суспільства¹².

Що ж до правового виміру справедливості, то цілком слушною є позиція О.П. Васильченко, згідно з якою недоречно оцінювати право як справедливе або несправдливе, оскільки право своєю суттю передбачається справедливим¹³. Справедливість пронизує поняття невід'ємних прав і свобод людини. За Г. Радбрухом справедливість – це основна мета дійсності і цінності права¹⁴. Це твердження, безперечно, знаходить свій вияв у самій сутності правозахисної діяльності загалом і захисту прав людини судом, зокрема. У ст. 10 Загальної декларації прав людини особливо підкреслюється необхідність додержання вимог справедливості незалежним і безстороннім судом для визначення прав і обов'язків кожної людини та для встановлення об'єктивності пред'явленого їй кримінального обвинувачення¹⁵. За Конституційним Судом України справедливість є властивістю права, що виражається, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню (абз. 2–3 пп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини)¹⁶.

Цікавою є також і практика Європейського суду з прав людини щодо визначення справедливого суду. Так, у справі *Airey v. Ireland* (1979) суд дійшов висновку, що в демократичному суспільстві право на справедливий судовий розгляд посідає важливе місце¹⁷, а також і про те, що суд завжди займав провідне місце, забезпечуючи право на справедливий суд¹⁸.

Таким чином, якщо порівняти між собою поняття права на суд і права на справедливий суд можливо зробити два наступні припущення:

1) право на справедливий суд є одним із елементів права на суд, а отже, вони співвідносяться як загальне і часткове;

2) у сучасних демократичних державах, зважаючи на пріоритетне закріплення вимоги справедливості в багатьох нормах чинного законодавства (як приклад, мета Закону України «Про судоустрій і статус суддів» – забезпечення права кожного на справедливий суд¹⁹) право на суд не може розглядатись поза концептом справедливості.

Висновки. Сучасні підходи до визначення поняття права на справедливий суд характеризуються своєю розрізненістю та відсутністю єдиного підходу його розуміння і, як наслідок, до застосування у судовій практиці. Вироблення єдиного комплексного підходу до розуміння права на судовий захист є вкрай необхідним для його правильної практичної реалізації. Вбачається, що ці невирішені проблеми повинні лежати в основі подальших наукових досліджень.

¹ Коваль І. Право на справедливий суд: практика Європейського суду з прав людини щодо України. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_7474 (дата звернення: 04.12.2020).

² Violations by Article and by State – 2019. Statistics of the ECHR. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2019_ENG.pdf (дата звернення: 04.12.2020).

³ Веніславський Ф.В. Конституційне право України в схемах і таблицях : навч. посіб. для студ. юрид. вузів та ф-тів. Харків : Право, 2014. 376 с.

⁴ Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24.02.1994 р. № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4002-12/ed20171215#Text> (дата звернення: 04.12.2020).

⁵ Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#top> (дата звернення: 04.12.2020).

⁶ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 04.12.2020).

⁷ Скупінський О.В. Право на справедливий суд крізь призму рішень ЄСПЛ. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2019. № 2. С. 170–180. С. 172.

⁸ Findlay v. The United Kingdom. Judgment of the European Court of Human Rights. URL: <https://www.refworld.org/cases/ECHR,3ae6b66d1c.html> (дата звернення: 04.12.2020).

⁹ Яценко В.П. Право на справедливий суд: проблеми та шляхи розв'язання. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2014. № 3 (66). С. 180–186. С. 182.

¹⁰ Трубніков В.М., Скакун О.Є. Принцип справедливості з позиції філософії. *Вісник Харківського національного університету імені В.М. Каразіна*. 2015. Вип. 20. С. 13–20 (Серія «Право»).

¹¹ Городовенко В.В. Принципи справедливості судової влади: загальнотеоретичні аспекти. *Наука і практика*. 2012. № 2 (137). С. 20–24.

¹² Комарова О.О. Соціальна справедливість як основний принцип процесу розподілу соціальних трансфертів. *Соціальна політика*. 2008. № 4. С. 106–112.

¹³ Васильченко О.П. Рівність людей та свобода і справедливість: питання співвідношення і пріоритету. *Наше право*. 2015. № 1. С. 27–33.

¹⁴ Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. Москва: Международные отношения, 2004. 240 с.

¹⁵ Universal Declaration of Human Rights. URL: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (дата звернення: 04.12.2020).

¹⁶ У справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) : рішення Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-пн/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text> (дата звернення: 04.12.2020).

¹⁷ Carey v. Ireland. Judgment of the European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22%22001-57420%22> (дата звернення: 04.12.2020).

¹⁸ Посібник зі статті 6. Право на справедливий суд. Рада Європи, 2013. 77 с. URL: https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/02/Guide_Art_6_UKR.pdf (дата звернення: 04.12.2020).

¹⁹ Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 04.12.2020).

Резюме

Завальнюк І.В. До питання поняття права на справедливий суд.

У статті здійснюється дослідження поняття права на справедливий суд з метою можливого подальшого його удосконалення в конституційно-правовій науці та вироблення єдиного підходу щодо застосування права на справедливий суд у практичній діяльності під час здійснення судочинства в Україні. Наголошується на особливій значущості саме справедливості у праві людини на суд, що детермінує мету і призначення судочинства. Визначено, що «акцент» у визначенні права на справедливий суд стоїть не на понятті права і не на понятті суду, а саме на тому, що право на суд має розглядатися крізь призму справедливості. Визначено співвідношення права на суд і права на справедливий суд. Розглянуто закріплення поняття «суд» як етимологічної складової права на справедливий суд у законодавстві. Висвітлено та проаналізовано поняття права на справедливий суд. Подальшого розвитку набуло поняття права на суд.

Ключові слова: суд, справедливий суд, визначення, права людини, конституційні права, право на справедливий суд.

Резюме

Завальнюк І.В. К вопросу понятия права на справедливый суд.

В статье осуществляется исследование понятия права на справедливый суд с целью возможного дальнейшего его усовершенствования в конституционно-правовой науке и выработки единого подхода по применению права на справедливый суд в практической деятельности при осуществлении судопроизводства в Украине. Отмечается особая значимость именно справедливости в праве человека на суд, которая детерминирует цель и назначение судопроизводства. Определено, что «акцент» в определении права на справедливый суд стоит именно на том, что право на суд должно рассматриваться через призму справедливости. Определено соотношение права на суд и права на справедливый суд. Рассмотрено закрепление понятия «суд» как этимологической составляющей права на справедливый суд в законодательстве. Освещено и проанализировано понятие права на справедливый суд. Дальнейшее развитие получило понятие права на суд.

Ключевые слова: суд, справедливый суд, определение, права человека, конституционные права, право на справедливый суд.

Summary

Ihor Zavalniuk. On the question of the concept of the right to a fair trial.

The article studies the concept of the right to a fair trial with the aim of its possible further improvement in constitutional and legal science and the development of a unified approach to the application of the right to a fair trial on practice in the exercise of justice in Ukraine. The special significance of justice is noted in the human right to fair trial, which determines the purpose and appointment of legal proceedings. The relationship between the right to a trial and the right to a fair trial has been determined. Comparing the concepts of the right to trial and the right to a fair trial, the following two assumptions can be made: 1) the right to a fair trial is one of the elements of the right to trial, and therefore they are related as general and particular; 2) in modern democracies, given the priority consolidation of the requirement of justice in many norms of current legislation (for example, the purpose of the Law of Ukraine «On the Judicial System and the Status of Judges» is to ensure the right of everyone to a fair trial), the right to a court cannot be considered outside the concept of justice.

The article considers the consolidation of the concept of “court” as an etymological component of the right to a fair trial in legislation. The concept of the right to a fair trial is considered and analyzed. The concept of the right to trial was further developed. It is determined that the «emphasis» in determining the right to a fair trial is not on the concept of law and not on the concept of a court, but precisely on the fact that the right to a trial should be considered through the prism of justice.

Modern approaches to the definition of the concept of the right to a fair trial are characterized by their fragmentation and lack of a unified approach to understanding it, and, as a consequence, to its application in judicial practice. The development of a unified comprehensive approach to understanding the right to fair trial is essential for its correct practical implementation. It seems that these unresolved issues should underlie further research.

Key words: court, fair trial, definition, human rights, constitutional rights, right to a fair trial.

О.М. ОХОТНІКОВА, Я.О. АРБИЧ

*Олена Миколаївна Охотнікова, кандидат юридичних наук, доцент ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»**

ORCID: 0000-0003-2927-3363

*Ярослава Олегівна Арбич, студентка ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»***

ПУБЛІЧНЕ АДМІНІСТРУВАННЯ ЯК ЗАПОРУКА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Однією з основних заporук побудови суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави є забезпечення прав і свобод людей у ній. У наші часи питання забезпечення прав і свобод людини є актуальним не лише в Україні, а й у міжнародній практиці. Ключовим суб'єктом у сфері публічного адміністрування виступає держава в особі органів публічної влади, які здійснюють свою розпорядчу діяльність, що має на меті забезпечення прав і свобод людини. Недаремно ст. 3 Конституції України закріплює положення про те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави¹. Однак на сьогодні публічне адміністрування в Україні характеризується неефективністю та непоодинокими випадками порушення норм законодавства. Актуальність теми даного дослідження зумовлена необхідністю вдосконалення моделі публічного адміністрування в Україні як ключової діяльності органів публічної влади щодо забезпечення прав і свобод людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання методів та форм здійснення публічного адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини виступає предметом жвавих дискусій серед наукового товариства. Велика кількість «круглих столів», конференцій, зібрань та обговорень були присвячені даній темі. Це питання стало предметом дослідження багатьох вітчизняних науковців, серед яких найвизначнішими, на нашу думку, стали Т.Б. Аріфходжаєва, В.Д. Бакуменко, А.П. Баранов, В.В. Баштанник, Н.А. Берлач, В.Р. Біла, К.Л. Бугайчук, А.О. Даниленко, О.І. Дума, О.М. Замрій, О.С. Коврига, Ю.С. Коллер, В.Л. Тодосійчук, А.С. Шевченко та багато інших. Разом із тим, незважаючи на наявність великої кількості досліджень у сфері публічного адміністрування як гарантії забезпечення прав і свобод людини, у процесі побудови демократичної, соціальної та правової держави з урахуванням динамічного розвитку суспільних відносин, модель публічного адміністрування в Україні, на нашу думку, потребує реформування заради ефективного забезпечення прав і свобод людини.

Формулювання мети статті. Метою статті є встановлення ролі публічного адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини, а також визначення основних напрямів вдосконалення механізму роботи органів публічної влади стосовно даного питання.

Виклад основного матеріалу. У наш час права і свободи людини виступають ключовим політико-правовим та соціальним інститутом у державі. Вони посідають найголовнішу нішу у суспільстві й стають змістом функціонування органів публічної влади. Як зазначає науковець В.В. Баштанник, наявність інституту основних прав і свобод людини та громадянина виступає найбільш яскравим показником ступеня розвитку громадянського суспільства, побудови правової держави. Забезпечення прав і свобод людини визначає розвиток більшості країн на шляху до політичної демократії, економічного прогресу та співробітництва². Тому проблема взаємовідносин людини і держави є одним із ключових питань на сьогодні, яке потребує дослідження та ефективного врегулювання.

Аналіз функціонування публічного адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини, на нашу думку, доцільно розпочати з визначення поняття «публічне адміністрування» у зв'язку з тим, що у правовому полі відсутнє визначення даного поняття.

Науковець К.Л. Бугайчук на основі власних досліджень визначає поняття публічного адміністрування як регламентовану законами й іншими нормативно-правовими актами системну організуючу, владно-розпорядчу діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування, яка спрямована на впорядкування їх

© О.М. Охотнікова, Я.О. Арбич, 2020

* *Olena Okhotnikova, Ph.D. in Law, Associate Professor HSI «Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman»*

** *Yaroslava Arbych, student of I year of the Master's degree of HSI «Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman»*

організаційної структури, планування, підготовку, розробку та реалізацію управлінських рішень, організацію діяльності апарату управління, здійснення документального, інформаційного, кадрового, психологічного забезпечення їх повсякденної діяльності з метою досягнення суспільно корисних цілей і самої мети створення та діяльності відповідного суб'єкта адміністрування³. В.Л. Тодосійчук визначає дане поняття як вплив суб'єкта управління на суспільство (суспільні процеси, відносини) відповідно до покладених на нього суспільно значущих функцій і повноважень; взаємодія державного апарату і суспільства під час прийняття важливих для країни (суспільства, населення) рішень⁴. На думку Т.Б. Аріфходжаєвої, публічне адміністрування – це злагоджена законна діяльність публічних органів управління трьох сфер влади – законодавчої, виконавчої та судової, що з усією ієрархією публічно-адміністративних інститутів спрямована на досягнення ефективного функціонування соціуму задля зміцнення економічної, політичної та соціальної сфери, а також урахування інтересів усіх соціальних груп і прошарків населення та зміцнення на цій основі соціальної злагоди та єдності народу⁵.

Тому, на наш погляд, слід дати наступне визначення публічного адміністрування. А також пропонуємо внести зміни та доповнення до ст. 1 Закону України «Про адміністративні послуги» від 6 вересня 2012 р. та викласти у такій редакції:

Стаття 1. Визначення термінів

У цьому Законі наведені нижче терміни вживаються в такому значенні:

1) публічне адміністрування – це сукупність організаційно-правових складових управлінської діяльності органів публічної влади;

1¹) адміністративна послуга – результат здійснення **організаційно-розпорядчих** повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, спрямований на набуття, зміну чи припинення прав та/або обов'язків такої особи відповідно до закону.

Слід зазначити, що сучасне публічне адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини в Україні характеризується нерозвиненістю та наявністю певних недоліків. Зокрема, науковець О.С. Коврига зазначає, що необхідність проведення реформування публічного адміністрування зумовлена невідповідністю чинної системи органів виконавчої влади та місцевого самоврядування принципам демократії, європейським стандартам та їх надмірною централізацією. Причинами такого стану є: неефективна організація діяльності міністерств; малораціональна система органів виконавчої влади на центральному рівні; неефективна організація публічної влади на регіональному та місцевому рівнях; неефективне місцеве самоврядування; відсутність паритетних засад у відносинах особи з такими органами⁶.

Науковець О.М. Замрій детально дослідила публічне адміністрування органів місцевої влади та підкреслила, що демократичні стандарти та принципи повною мірою будуть реалізовані в процесі: 1) запровадження публічного обговорення громадою результатів роботи місцевого органу самоврядування, створення системи регулярного моніторингу громадської думки; 2) проведення досліджень з метою вироблення єдиної політики управління на засадах міжнародних стандартів і моделей якості; 3) спостереження та контроль з боку громади за розробленням державних програм місцевого рівня та контроль за ухваленням рішень; 4) удосконалення методів роботи із вирішення суспільних проблем⁷.

Отже, на основі зазначених вище поглядів науковців ми можемо зробити висновок, що у наш час публічне адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини є недосконалим і потребує реформування. На нашу думку, саме прозорість, відкритість та стабільність у діяльності органів публічної влади сприятимуть ефективному забезпеченню й дотриманню прав і свобод людини. Ми вважаємо, що результативне публічне адміністрування в інтересах громадян забезпечить підвищення авторитетності та довіри суспільства до функціонування органів публічної влади. Ми переконані, що плідна співпраця суб'єктів публічного адміністрування з громадянським суспільством у вирішенні нагальних проблем є однією із найголовніших запоруку забезпечення прав і свобод кожної людини.

У контексті розгляду публічного адміністрування в Україні та наявності певних прогалин ми вважаємо, що доцільно звернутися до досвіду моделі публічного адміністрування в Німеччині.

При цьому слід виділити такі групи основних принципів публічного адміністрування, спільні для західноєвропейських країн: 1) надійність і передбачуваність (правова визначеність); 2) відкритість і прозорість; 3) підзвітність; 4) ефективність і результативність⁸.

Як зазначають науковці Н.А. Берлач та М.П. Кобець, на сьогодні Німеччина є взірцем ефективного публічного адміністрування, маючи два рівні управління, позаяк є парламентською республікою за формою правління та федеральною – за державним устроєм. Німеччина забезпечує обидва рівні управління – федеральний та регіональний, які мають власні органи виконавчої, законодавчої і судової влади. На федеральному рівні вирішуються загальнодержавні питання і приймаються рішення міжнародного значення, регіональний рівень забезпечує вирішення питань, що стосуються федеральних земель. Діяльність федерального уряду переважно обмежуються проблемами військової безпеки, оподаткування, загальної координації політики. Усі відділи і департаменти федерального уряду повинні підкорятися загальним приписам про фінансування публічного сектору, бюджетування, надання послуг громадянам і формальних процедур, які розроблені самим федеральним урядом⁹.

При цьому основними принципами управління на регіональному рівні є субсидіарність і демократична децентралізація; фінансова автономія; децентралізація державного управління; чіткий розподіл компетенції у сфері самоврядування та державних органів; відсутність конкуренції і співпраця між службовцями держав-

них органів і органів самоврядування; прозорість управлінських процесів для громадянина (вирішення всіх питань в одній установі, принцип «одного вікна») оптимізація структури⁹.

Хоча представництво громади є єдиною найвищою інстанцією ухвалення рішень, які належать до компетенції самоврядування, відповідно до законодавства громади визнаються частиною федеральних земель і таким чином підпорядковуються їхньому праву нагляду та праву надавати розпорядження⁹.

Місцевий рівень управління забезпечується діяльністю так званих «крейсів». Крейс складається з численних маленьких і великих громад. Уряди крейсів виконують завдання щодо контролю діяльності урядів громад з дотримання норм права і законодавства. Оскільки громади виконують завдання самоврядування, то здійснюється лише правовий контроль за дотриманням законодавства урядами громад. Єдиний орган управління на рівні крейсів – окружне управління – також має подвійне значення. З одного боку, воно є органом державного управління нижчого рівня, який забезпечує виконання федеральних та земельних законів, а з другого, – органом самоврядування. Подвійну функцію окружного управління забезпечують як службовці, які призначаються органами управління земель, так і службовці, праця яких оплачується органом самоврядування «кейсом». Суттєвою перевагою такого об'єднання функції є створення єдиної управлінської структури для вирішення питань пересічних громадян, що сприяє співпраці і тісному зв'язку між громадянином, громадою та урядом⁹.

На основі розглянутої моделі публічного адміністрування у Німеччині ми можемо зауважити, що її характерною особливістю є чіткий розподіл повноважень між органами державної влади й органами місцевого самоврядування та ефективна співпраця між ними. Тому слід наголосити на тому, що Україні варто запозичити зазначений вище зарубіжний досвід, при цьому треба пам'ятати, що кожна держава повинна мати свій власний механізм публічного адміністрування, тим не менш, заради покращення ситуації, з урахування динамічного розвитку суспільства, ми пропонуємо порівняти федеральний устрій земель Німеччини з областями в Україні, а німецькі крейсери – з районами. На нашу думку, така модель публічного адміністрування націлена на задоволення потреб та інтересів суспільства, що саме по собі є ефективним механізмом забезпечення прав і свобод людини. Варто підкреслити, що нині в Україні проводиться реформа децентралізації. Однак ми вважаємо, що існуючі на сьогодні результати не створюють гідних умов для ефективного функціонування органів місцевого самоврядування та їх співпраці з органами державної влади. Тому необхідно пришвидшити реформу децентралізації, а також запровадити справедливий розподіл коштів між місцевими бюджетами, беручи до уваги якісні та кількісні показники кожної територіальної одиниці. Також ми пропонуємо реформувати такі складові публічного адміністрування в Україні: 1) модернізувати механізм якісного набору адміністративного персоналу та покращити контроль за ним; 2) запровадити заходи дебіюрократизації та дерегуляції; 3) посилити фінансовий контроль і підзвітність; 4) чітко розмежувати повноваження між органами державної влади та органами місцевого самоврядування, забезпечивши при цьому умови для їх співпраці; 5) покращити якість надання послуг населенню, забезпечити вчасне реагування та задоволення суспільних потреб; 6) демократизувати державні інституції, запровадити на практичному рівні принципи прозорості, стабільності й відкритості, що сприятиме налагодженню контакту між державою та людиною. Запорукою впровадження даних елементів у публічному адмініструванні є внесення відповідних змін до законодавства, що регулює повноваження суб'єктів публічного адміністрування у державному та місцевому секторах, а також впровадження ефективного механізму всіх реформаційних заходів. Все це буде сприяти забезпеченню прав і свобод людини та зробить державу ближчою до потреб суспільства.

Висновки. Отже, на основі зазначеного вище ми можемо зробити висновок, що забезпечення прав і свобод людини в Україні є основоположною діяльністю органів публічної влади. На сьогодні в нашій країні постає питання щодо ефективності здійснення такої діяльності. Тому органи публічної влади, використовуючи при цьому досвід зарубіжних країн, повинні реформувати сучасну модель публічного адміністрування, що повною мірою забезпечить права і свободи людини та стане їх запорукою.

¹ Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96 – ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 3.

² Баштанник В.В. Гуманізація публічного управління як імператив державно-управлінських трансформацій. *Вісник Національної академії державного управління при Президенті України*. 2012. Вип. 4. С. 5–13.

³ Бугайчук К.Л. Публічне адміністрування: теоретичні засади та підходи до визначення. *Право і Безпека*. 2017. № 3. С. 38–44.

⁴ Тодосійчук В.Л. Публічне адміністрування в Україні. *Причорноморські економічні студії*. 2018. Вип. 34. С. 87–91.

⁵ Аріфходжаєва Т.Б. Поняття публічного адміністрування у сфері соціального захисту населення. *Форум права*. 2016. № 3. С. 12–15.

⁶ Коврига О.С. Розвиток публічного адміністрування як умова вдосконалення функціонування органів влади. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В.І. Вернадського*. 2018. Т. 29(68). № 2. С. 14–18 (Серія «Державне управління»).

⁷ Замрій О.М. Застосування принципів публічного адміністрування в роботі органів місцевої влади. *Науковий вісник НЛТУ України*. 2017. № 27(2). С. 58–61.

⁸ Баранов А.П. Характеристика принципів публічного адміністрування в країнах – членах ЄС. *Теорія та практика державного управління*. 2019. Вип. 3. С. 207–215.

⁹ Берлач Н.А., Кобець М.П. Особливості публічного адміністрування Німеччини: досвід для України. *Наука і правоохорона*. 2018. № 4. С. 17–25.

Резюме

Охотнікова О.М., Арбич Я.О. Публічне адміністрування як запорука забезпечення прав і свобод людини в Україні.

Досліджується роль публічного адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини та проблема необхідності його реформування в Україні.

Зроблено порівняльний аналіз моделі публічного адміністрування з використанням міжнародного досвіду. Сформовано власне визначення публічного адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини. Запропоновано шляхи вдосконалення вітчизняної моделі публічного адміністрування щодо забезпечення прав і свобод людини на основі досвіду Німеччини.

Ключові слова: публічне адміністрування, забезпечення прав і свобод людини, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, реформування моделі публічного адміністрування.

Резюме

Охотникова Е.Н., Арбыч Я.О. Публичное администрирование как залог обеспечения прав и свобод человека в Украине.

Исследуется роль публичного администрирования по обеспечению прав и свобод человека и проблема необходимости его реформирования в Украине.

Сделан сравнительный анализ модели публичного администрирования с использованием международного опыта. Сформировано собственное определение публичного администрирования по обеспечению прав и свобод человека. Предложены пути совершенствования отечественной модели публичного администрирования по обеспечению прав и свобод человека на основе опыта Германии.

Ключевые слова: публичное администрирование, обеспечение прав и свобод человека, органы государственной власти, органы местного самоуправления, реформирование модели публичного администрирования.

Summary

Olena Okhotnikova, Yaroslava Arbych. Public administration as a guarantee of human rights and freedoms in Ukraine.

One of the main guarantees of building a sovereign and independent, democratic, social, legal state is to ensure the rights and freedoms of the people in it.

The purpose of the article is to establish the role of public administration in ensuring human rights and freedoms, as well as to determine the main directions of improving the mechanism of work of public authorities on this issue.

The role of public administration in ensuring human rights and freedoms and the problem of the need to reform it in Ukraine are studied in the article. A comparative analysis of the model of public administration using international experience has been done. Ways to improve the domestic model of public administration in ensuring human rights and freedoms based on the experience of Germany are proposed.

Nowadays, the issue of ensuring human rights and freedoms is relevant not only in Ukraine but also in international practice. The key actor in the sphere of public administration is the state, represented by public authorities, which carry out their administrative activities aimed at ensuring human rights and freedoms. Not surprisingly, Article 3 of the Constitution of Ukraine enshrines the provision that human rights and freedoms and their guarantees determine the content and direction of the state. However, today public administration in Ukraine is characterized by inefficiency and frequent violations of the law. The relevance of the topic of this study is due to the need to improve the model of public administration in Ukraine, as a key activity of public authorities to ensure human rights and freedoms.

Analysis of the functioning of public administration to ensure human rights and freedoms should be carried out with the definition of “public administration”, due to the fact that in the legal field there is no definition of this concept. In our opinion, the following definition of public administration should be given – it is a set of organizational and legal components of the management of public authorities.

So, today there is a question about the effectiveness of such activities in Ukraine. Therefore, public administration bodies, using the experience of foreign countries, must reform the modern model of public administration, which will fully ensure human rights and freedoms and will be their guarantee.

Key words: public administration, ensuring human rights and freedoms, public authorities, local governments, reforming the model of public administration.

В.С. СЕЗОНОВ

*Віктор Станіславович Сезонов, кандидат юридичних наук, старший судовий експерт Харківського науково-дослідного експертно-криміналістичного центру Міністерства внутрішніх справ України**

ORCID: 0000-0002-2580-2953

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОКУМЕНТООБІГУ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. У наш час документальні носії інформації, зокрема документи, залишаються важливим ресурсом функціонування системи публічного управління. Інформаційні дані, які у них містяться, забезпечують ефективність прийняття і реалізації управлінських рішень, формування потрібних для соціуму правових відносин. Закріплена на матеріальному носіїв інформація стає інформаційним продуктом, а відносини, що виникають з приводу створення, передачі (переміщення), зберігання, знищення документів, тобто відносини у межах документообігу, об'єктивно вимагають їх правового регулювання. Для України, яка активно впроваджує новітні технології зберігання і передавання інформації, питання формування оптимальної системи нормативного забезпечення документообігу має надзвичайно актуальне значення. У зв'язку з цим існує доцільність проведення наукового аналізу історико-правових засад формування системи правового регулювання документообігу в Україні. На сьогодні система нормативно-правової регламентації документообігу є розгалуженою і включає як законодавчі акти України у сфері інформації та документації, так і підзаконні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед фахівців, які присвятили свою діяльність дослідженню поняття «документ», спостереженням навколо функціонування українського справочинства та справочинства в цілому, слід назвати Г.Г. Воробйова, А.С. Токарську, І.М. Кочан, М.А. Комарова, Ю.Н. Столярова, А.В. Корж, А.В. Красницьку та інших. Особливо вагомий внесок у вивчення і розроблення загальнодокументознавчих питань здійснювали Н.М. Кушнарєнко (дослідження документознавства), С.Г. Кулєшов (розробка структури документознавства), Н.Б. Зинов'єва (дослідження документознавства як фундаментальної і прикладної наукової дисципліни), М.С. Слободяник (дослідження документології) тощо¹.

Формулювання мети статті (постановка завдання). Метою статті є висвітлення історико-правових засад формування системи нормативної регламентації системи документообігу в Україні, визначення кола нормативних актів, що регламентують найбільш важливі аспекти документообігу, діловодства та ін.

Виклад основного матеріалу. Історія формування документа як матеріального носія інформації сягає у давнину. Свого часу документи мали форму наскальних написів і вузликів писемства, берестяних грамот, шкіри тварин і папірусу, пізніше – паперу, перфокарти, магнітної стрічки, дискети, диска, аудіо-, відео інформації, електронного документа. Документ, схожий на сучасний, з'явився не так давно і саме поняття «документ» має низку визначень. Хронологічно він еволюціонував від папірусної форми, запозиченої зі стародавнього Єгипту, до цифрового варіанта у наш час, який не завжди має матеріальне закріплення².

Сьогодні стало розповсюдженим поняття «юридичний документ». Варто зазначити, що поняття юридичного документа застосовується як у загальній теорії юридичної науки, так і у різних галузевих юридичних науках. У галузевих науках, предмет вивчення яких охоплює (офіційні) юридичні документи (папери), методики їх складання, аналізу змісту і структури, юридичний документ охоплює такі поняття, як: криміналістичний документ, процесуальний документ, особистий документ, документ, що містить державну таємницю, документ з грифом, документ з грифом секретності, нотаріально засвідчений документ, цінний папір тощо. Зазначені категорії документів об'єднує те, що всі вони є різновидами юридичного документа.

Правове регулювання документообігу відіграло важливу роль у правничій сфері в усі часи. У свою чергу, функціонал цієї системи залежить як від технічної складової, так і від правової. В Україні, як і у більшості держав світу, процес створення документів і організація роботи з ними завжди регламентуються спеціальними законодавчо-нормативними та нормативно-методичними актами.

Законодавче поле, яке регламентує різні аспекти функціонування системи документообігу, було започатковане ще до здобуття Україною незалежності. Варто зазначити, що до і до сьогодні чинними є деякі акти, які регламентують український документ сьогодні, однак роки їх прийняття досить давні. Так от, основним є ДСТУ 4163-2003³, проте сам ДСТУ базується на таких документах:

© В.С. Сезонов, 2020

* *Viktor Sezonov, Ph.D. in Law, Senior Forensic Expert of the Kharkiv Research Forensic Center Ministry of Internal Affairs of Ukraine*

– ДСТУ 2732-94 Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення⁴;
– ДК 010-98 Державний класифікатор управлінської документації (ДКУД)⁵;
– ГОСТ 9327-60 Бумага и изделия из бумаги. Потребительские форматы⁶;
– Терміни та поняття використовуються згідно з ДСТУ 2732-94 Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення (нова редакція від 2004 р.). До 2003 р., фактично, під час оформлення організаційно-розпорядчої документації застосовувався ГОСТ 6.38-90 «Унифицированные системы документации. Система организационно-распорядительной документации. Требования к оформлению документов»⁷.

На сучасному етапі державотворення в Україні напрацьовано і введено у різноманітну нормативну базу діловодства і документообігу. У юридичному аспекті нормативно-правова база діловодства є сукупністю законів, підзаконних нормативних актів, методичних регуляторних документів, що регламентують технологію створення, оброблення, зберігання та використання документів у діяльності певної установи, а також ті, що регламентують процеси діловодства та структурно-функціональне забезпечення цього процесу.

Основними нормативними актами, які становлять підґрунтя діловодства в Україні, є: Конституція України, Закон України «Про інформацію» (1992), Закон України «Про телебачення і радіомовлення» (1993), Закон України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» (1993), Закон України «Про авторське право і суміжні права» (1994), Закон України «Про Національний архівний фонд та архівні установи» (1994), Закон України «Про державну таємницю» (1994), Закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» (1994), Закон України «Про звернення громадян» (1996), Закон України «Про обов'язковий примірник документів» (1999), Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» (2003), Закон України «Про захист персональних даних» (2010), Закон України «Про судоустрій і статус суддів» (2010), Закон України «Про доступ до публічної інформації» (2011), Закон України «Про Національну поліцію» (2015), Закон України «Про Конституційний Суд України» (2017), Закон України «Про електронні довірчі послуги» (2017), Закон України «Про функціонування державної мови» (2019); Господарський процесуальний кодекс України (ГПК України), Кодекс адміністративного судочинства України (КАС України), Кодекс законів про працю України (КЗпП України), Кодекс України про адміністративні правопорушення (КпАП України), Кримінальний кодекс України (КК України), Кримінальний процесуальний кодекс України (КПК України), Кримінально-виконавчий кодекс України (КВК України), Цивільний кодекс України (ЦК України), Цивільний процесуальний кодекс України (ЦПК України).

Значний масив становлять також і підзаконні нормативні акти. До їх числа слід віднести такі, як:

- Постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731 «Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади»;
- ДСТУ 3008-95. Державний стандарт України. Документація. Звіти у сфері науки і техніки. Структура і правила оформлення;
- Наказ Міністерства юстиції від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 «Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень»;
- Постанова Кабінету Міністрів України від 21 листопада 2011 р. № 1277 «Питання системи обліку публічної інформації»;
- Постанова Кабінету Міністрів України від 19 жовтня 2016 р. № 736 «Про затвердження Типової інструкції про порядок ведення обліку, зберігання, використання і знищення документів та інших матеріальних носіїв інформації, що містять службову інформацію»;
- Постанова Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 55 «Деякі питання документування управлінської діяльності» (передбачає низку документів – «Типову інструкцію з діловодства в міністерствах, інших центральних та місцевих органах виконавчої влади»; «Типову інструкцію з документування управлінської інформації в електронній формі та організації роботи з електронними документами в діловодстві, електронного міжвідомчого обміну»; «Регламент організації взаємодії органів виконавчої влади в електронній формі»);
- ДСТУ 4163-2003 Національний стандарт України. Державна уніфікована система документації. Уніфікована система організаційно-розпорядчої документації;
- Наказ МВС України від 10 жовтня 2004 р. № 1177 «Про затвердження Положення про порядок роботи зі зверненнями громадян і організації їх особистого прийому в системі Міністерства внутрішніх справ України»;
- Наказ Міністерства юстиції України від 12 квітня 2005 р. № 34/5 «Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів»;
- ДСТУ 3582:2013 Інформація та документація. Бібліографічний опис. Скорочення слів і словосполучень в українській мові. Загальні вимоги та правила;
- Наказ Міністерства юстиції України від 11 листопада 2014 р. № 1886/5 «Про затвердження Порядку роботи з електронними документами у діловодстві та їх підготовки до передавання на архівне зберігання»;
- Наказ Міністерства юстиції України від 18 червня 2015 р. № 1000/5 «Про затвердження Правил організації діловодства та архівного зберігання документів у державних органах, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах і організаціях»;
- Наказ МВС України від 6 листопада 2015 р. № 1377 «Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події»;

- Наказ МВС України від 3 листопада 2015 р. № 1343 «Про затвердження Положення про Експертну службу Міністерства внутрішніх справ України»;
- Наказ МВС України від 6 листопада 2015 р. № 1376 «Про затвердження Інструкції з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення в органах поліції»;
- Наказ МВС України від 29 листопада 2016 р. № 1256 «Про організацію доступу до відомостей персонально-довідкового обліку єдиної інформаційної системи Міністерства внутрішніх справ України»;
- Наказ МВС України від 3 лютого 2017 р. № 88 «Про затвердження Інструкції про порядок ведення обліку, зберігання, використання і знищення документів та інших матеріальних носіїв інформації, що містять службову інформацію, у системі Міністерства внутрішніх справ України»;
- Наказ МВС України від 7 лютого 2017 р. № 95 «Про організацію роботи із запитами на публічну інформацію в Національній поліції України» та інші акти, що регулюють відносини у сфері інформації⁸.

Таким чином, поділяємо думку про те, що діловодні процеси організуються відповідно до нормативної бази, сучасних законодавчих, нормативних та методичних розробок, які мають суттєве значення для ефективності здійснення документального забезпечення управлінської діяльності, яку можна умовно розділити на кілька груп⁹.

Першу групу правових актів нормативної бази становлять закони, що регламентують загальні засади політики держави в галузі інформації взагалі та діловодства зокрема.

Серед законодавчих актів України, що містять окремі терміни та їх визначення, які застосовуються в діловодстві, назвемо Закон України «Про Національний архівний фонд та архівні установи», в якому справочинство разом з архівною справою становлять єдину сферу практичної діяльності з документами. У цьому нормативно-правовому акті є визначення таких понять: «діловодство» (ст. 1), «архівний документ» (ст. 1), «номенклатура справ» (ст. 1), «експертиза цінності документів» (ст. 1)¹⁰.

Найбільше визначень термінів містив підготовлений Державним комітетом архівів України (нині – Державна архівна служба України при Міністерстві юстиції України) проект Закону України «Про діловодство» (2004 р.). У цьому проекті закону (остання редакція від 10 березня 2007 р.) передбачалося впровадження чітких правових засад побудови діловодства в державі з метою визначення єдиних норм створення управлінської документації та роботи зі службовими документами, що зафіксовані на папері, кіно-, відео- і фотоплівці, електронних та інших носіях, встановлення відповідальності за порушення чинного законодавства з метою запобігання втраті й несанкціонованому знищенню службових документів на підприємствах, установах і в організаціях незалежно від форми власності та організаційно-правових форм, врегулювання питань застосування української та інших мов у справочинстві.

Разом із тим відсутність на сьогодні законодавчого врегулювання цих питань подекуди призводить до безконтрольності в побудові системи діловодства, умисного псування, знищення, підроблення, приховування і незаконної передачі службових документів. Крім цього, не регламентовано належним чином аспекти гармонізації процесів традиційного діловодства з електронним документообігом. Ситуацію навіть не покращило прийняття Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» № 851-IV від 22 травня 2003 р.¹¹

Відповідно до Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної» № 2704-VIII від 25 квітня 2019 р.¹² особливих мовних вимог до документів не встановлено. Є лише імперативна норма про складання трудових договорів державною мовою, що не перешкоджає використовувати сторонам трудового договору переклад (ч. 2 ст. 20). Якщо на роботу приймається іноземець, який не володіє українською, то слід оформити проект трудового договору державною мовою і зробити офіційний переклад для кандидата. Такі документи, як накази з кадрових питань, акти з управління персоналом, правила внутрішнього трудового розпорядку, посадові та робочі інструкції, положення про підрозділи, інші внутрішні порядки та інструкції складаються державною мовою. У свою чергу, щодо трудових книжок, то Інструкція про порядок ведення трудових книжок, затверджена Наказом Мінпраці, Мін'юсту, Мінсоцзахисту № 58 від 29 липня 1993 р. і досі містить паралельний обов'язок заповнення трудової книжки і українською, і російською мовами (п. 2.1), і затверджений КМУ у 1993 р. бланк трудової книжки містить і російськомовний розділ (Постанова КМУ від 27 квітня 1993 р. № 301).

В Україні деякі аспекти створення і роботи з кадровими документами частково містяться в Кодексі законів про працю України¹³, фінансово-господарські – в Господарському Кодексі України¹⁴, правові – в Цивільному Кодексі України¹⁵ та Кримінальному Кодексі України¹⁶, бухгалтерські – в законах України про бухгалтерський облік. Щодо криміналістичних документів, то вимоги щодо формування їх змісту і оформлення містяться у багатьох нормативних актах.

Другу групу правових актів нормативної бази становлять правові акти з діловодства, що мають міжвідомчий характер¹⁷. Це насамперед: Типова інструкція з документування управлінської інформації в електронній формі та організації роботи з електронними документами в діловодстві, електронного міжвідомчого обміну; Типова інструкція з діловодства в міністерствах, інших центральних та місцевих органах виконавчої влади; Регламент організації взаємодії органів виконавчої влади в електронній формі¹⁸; Інструкція з діловодства за зверненнями громадян в органах державної влади і місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності, в засобах масової інформації, яка затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 14 квітня 1997 р. № 348¹⁹. Вимоги цієї інструкції є обов'язковими для роботи зі зверненнями громадян навіть у тому випадку, якщо в установі взагалі не встановлена загальна система ведення діловодства.

Окремі нормативно-правові акти також містять визначення термінів загальноділоводного характеру. Приміром, постановою Кабінету Міністрів України від 18 серпня 2007 р. № 1004 «Про проведення експертизи цінності документів»²⁰ тлумачить термін «експертиза цінності документів».

Найбільшу кількість унормованих загальнодокументознавчих термінів та їх тлумачень, що застосовують у сучасній Україні, містить розроблений УНДІАСД Національний стандарт України ДСТУ 2732:2004 «Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення понять»²¹, який набув чинності з 1 липня 2005 р. (взамін однойменного ДСТУ 2732-94). У зазначеному стандарті наведено 158 термінів та понять, що викладені українською, російською та англійською мовами. Зважаючи на наявність у країні певної кількості посібників з різними рекомендаціями щодо їх застосування, планується випустити збірник нових форм організаційно-розпорядчої документації.

Останні геополітичні та економічні зміни у Східній Європі викликали створення єдиного ринкового простору України і Європейського Союзу. Це приведе у найближчій перспективі до доцільності відмовитися в Україні від деяких національно-правових особливостей регламентації ведення господарської діяльності, у тому числі й від національних особливостей культури документаційного забезпечення управління. Діяльність сучасних корпорацій, компаній та фірм, яка давно вже вийшла за межі національних кордонів, поява транснаціональних корпорацій зумовили потребу вироблення єдиного стандарту роботи з документацією²².

Так, у 2001 р. Міжнародною організацією стандартизації було видано Стандарт ISO 15489-2001 «Інформація та документація – Керування документацією»²³. Стандарт стосується управління документами всіх видів та на всіх носіях, створених або отриманих організацією (державною і недержавною) в процесі її діяльності, а також фізичними особами (суб'єктами підприємницької діяльності), які зобов'язані створювати та використовувати документи. Він визначає обов'язки організації під час реалізації процесів документування, надає рекомендації щодо розроблення політики управління документацією в організації та пов'язаних з нею процедур, систем і процесів, а також щодо розроблення і впровадження систем документації²⁴.

Прийняття в Україні аналогів зазначених стандартів спонукає до подальшого розроблення вітчизняних відповідників міжнародних стандартів, присвячених зазначеній технології. Безперечно, цей процес має ґрунтуватися на науковому аналізі досвіду, переваг та недоліків керування документаційними процесами за кордоном, можливостей застосування норм профільних міжнародних стандартів в Україні.

Третю групу нормативної бази становлять різноманітні типові й примірні положення, правила та інструкції з діловодства конкретних органів законодавчої і виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, які розроблені на основі інструкцій, затверджених Кабінетом Міністрів України. Це нормативні акти, що регламентують ведення спеціального діловодства.

У сфері державотворення підготовлено Перелік типових документів, що створюються під час діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, інших установ, підприємств та організацій, із зазначенням строків зберігання документів від 12 квітня 2012 р. № 578/5²⁵. Зазначений перелік регламентує процеси експертизи цінності документів, складання номенклатур справ, визначення строків зберігання документів, вилучення документів для знищення. Положення цього нормативного документа стануть в пригоді працівникам служб діловодства всіх установ, підприємств та організацій – незалежно від форми власності, функціонально-цільового призначення, рівня і масштабу діяльності.

У правовідомій сфері Міністерство юстиції України наказом від № 3253/5 від 22 грудня 2010 р. затвердило «Правила ведення нотаріального діловодства»²⁶, які встановлюють єдиний порядок документування нотаріальної діяльності та архіву і визначають порядок організації роботи нотаріусів з документами.

Ведення діловодства в судах регламентує Закон України «Про судоустрій і статус суддів» № 1402-VIII від 2 червня 2016 р.²⁷ Цей Закон визначає правові засади організації судової влади та здійснення правосуддя в Україні з метою захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб інтересів держави на засадах верховенства права, визначає систему судів загальної юрисдикції, статус професійного судді народного засідателя, присяжного, систему та порядок здійснення суддівського самоврядування і встановлює систему і загальний порядок забезпечення діяльності судів та регулює інші питання судоустрою і статусу суддів.

Сучасне правове регулювання документування та документообігу має вирішувати питання, пов'язані з основними положеннями щодо: визначення поняття категорії «електронний документ», його типів і видів; умов надання юридичної сили; вимог до оригіналів, дублікатів і копій документів; порядку засвідчення документів (електронно-цифровий підпис); правил реєстрації, зберігання, передавання і отримання електронних документів з інших організацій, головних принципів юридичної відповідальності за порушення порядку їх використання, порядку доступу до електронних версій тощо.

Висновки. Підсумувавши викладене вище, є підстави зробити кілька важливих висновків:

– окремі аспекти документообігу регулюють законодавчі акти, які було введено в дію ще до проголошення Україною незалежності. На сучасному етапі державотворення в Україні триває оновлення правового матеріалу, що передбачає введення у дію значного переліку нормативних актів з питань діловодства;

– на сьогодні у правовій системі України значна кількість аспектів створення і роботи з кадровими документами регламентується в КЗпП, фінансово-господарських – в Господарському Кодексі України, документів приватної сфери – в Цивільному Кодексі України та Кримінальному Кодексі України, бухгалтерськими – в законах України про бухгалтерський облік, документування звернень громадян та організування роботи з цими документами деталізовані в Законі України «Про звернення громадян» порядок роботи з конфіден-

ційними документами, що становлять державну таємницю, розглянуто в Законі України «Про державну таємницю», особливості роботи з електронними документами розкриваються в законах України «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронні довірчі послуги» та ін.;

– сучасне правове регулювання документування та документообігу має вирішувати питання, пов'язані із визначенням поняття «електронний документ», його класифікації; умов забезпечення юридичної сили документа; вимог до документів за стадіями створення; порядку засвідчення документів (електронно-цифровий підпис); правил документообігу, юридичної відповідальності за порушення порядку документування;

– активізація європейської інтеграції України передбачає запровадження загальноєвропейських стандартів документообігу. Це зумовлює визначення вимог до складання документів, до побудови формулярів-зразків, систем організаційно-розпорядчої документації, до її оформлення за певними схемами класифікації документальної інформації тощо. Прийняття в Україні аналогів зазначених документаційних стандартів спонукає до подальшого розроблення вітчизняних відповідників міжнародних стандартів.

¹ Швецова-Водка Г. Структура документознавства і його місце серед суміжних наукових дисциплін. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&Z21ID=&Image_file_name=PDF%2Fasad_2004_12_22.pdf&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=0

² Царьова І.В. Юридичне документознавство : навч. посіб. Дніпро. Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ. 2017. С. 25.

³ Уніфікована система організаційно-розпорядчої документації. Вимоги до оформлення документів. ДСТУ 4163-2003. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0055609-03#Text>

⁴ ДСТУ 2732-94 Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення. URL: [https://vn.court.gov.ua/userfiles/27_2732-2004\(1\).pdf](https://vn.court.gov.ua/userfiles/27_2732-2004(1).pdf)

⁵ ДК 010-98 Державний класифікатор управлінняської документації (ДКУД). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1024217-98#Text>

⁶ ГОСТ 9327-60 Бумага и изделия из бумаги. Потребительские форматы. URL: <http://docs.cntd.ru/document/gost-9327-60>

⁷ ГОСТ 6.38-90 «Унифицированные системы документации. Система организационно-распорядительной документации. Требования к оформлению документов». URL: <http://docs.cntd.ru/document/gost-6.38-90>

⁸ Красницька А.В. Юридичне документознавство як фундаментальна і прикладна наукова дисципліна. Юридичний документ як основний носій правової інформації. *Фондова лекція*. Кафедра юридичного документознавства Навчально-наукового інституту заочного навчання Національної академії внутрішніх справ. 45 с. URL: https://arm.naiu.kiev.ua/books/legal_documentation/info/lec1.html

⁹ Нормативна база діловодства. Навчальні матеріали онлайн. URL: https://pidru4niki.com/1529052760529/dokumentoznavstvo/normativna_baza_dilovodstva (дата звернення: 08.09.2020)].

¹⁰ Про Національний архівний фонд та архівні установи: Закон України № 3814-XII від 24 грудня 1993 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3814-12#Text>

¹¹ Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України № 851-IV від 22 травня 2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text>

¹² Про забезпечення функціонування української мови як державної: Закон України № 2704-VIII від 25 квітня 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19#Text>

¹³ Кодекс законів про працю України № 322-VIII від 10 грудня 1971 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#top>

¹⁴ Господарський Кодекс України № 436-IV від 16 січня 2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text>

¹⁵ Цивільний Кодекс України № 435-IV від 16 січня 2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#top>

¹⁶ Кримінальний Кодекс України № 2341-III від 5 квітня 2001 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

¹⁷ Нормативна база діловодства. Навчальні матеріали онлайн. URL: https://pidru4niki.com/1529052760529/dokumentoznavstvo/normativna_baza_dilovodstva (дата звернення: 08.09.2020).

¹⁸ Деякі питання документування управлінської діяльності № 55 від 17 січня 2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-2018-%D0%BF#Text>

¹⁹ Інструкція з діловодства за зверненнями громадян в органах державної влади і місцевого самоврядування, об'єднаннях громадян, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності, в засобах масової інформації, яка затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 14 квітня 1997 р. № 348. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/348-97-%D0%BF#Text>

²⁰ Про проведення експертизи цінності документів: постанова Кабінету Міністрів України від 18 серпня 2007 р. № 1004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1004-2007-%D0%BF#Text>

²¹ Національний стандарт України ДСТУ 2732:2004 «Діловодство й архівна справа. Терміни та визначення понять». URL: [https://vn.court.gov.ua/userfiles/27_2732-2004\(1\).pdf](https://vn.court.gov.ua/userfiles/27_2732-2004(1).pdf)

²² Нормативна база діловодства. Навчальні матеріали онлайн. URL: https://pidru4niki.com/1529052760529/dokumentoznavstvo/normativna_baza_dilovodstva (дата звернення: 08.09.2020).

²³ Стандарт ISO 15489-2001 «Інформація та документація – Керування документацією». URL: [<https://studfile.net/preview/5043936/page/2/>]

²⁴ Впровадження міжнародного стандарту iso 15489:2001 в Україні. URL: <https://studfile.net/preview/5043936/page/2/>

²⁵ Перелік типових документів, що створюються під час діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, інших установ, підприємств та організацій, із зазначенням строків зберігання документів від 12 квітня 2012 р. № 578/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0571-12#Text>

²⁶ Міністерство юстиції України наказом від № 3253/5 від 22.12.2010 затвердило «Правила ведення нотаріального діловодства». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1318-10#Text>

²⁷ Про судоустрій і статус суддів: Закон України № 1402-VIII від 2 червня 2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>

Резюме

Сезонов В.С. Историко-правовые засади формування системи правового регулювання документообігу в Україні.

У статті здійснено аналіз формування системи правового регулювання документообігу в Україні; зокрема було розглянуто поняття «документ», його характеристики і межі; встановлено сфери застосування документа; розглянуто поняття «документообіг», «документознавство», «діловодство (справочинство)»; визначено перелік законодавчих актів, що стосуються окремих сторін документування і нормативно-методичних документів, які регламентують ведення діловодства та видавались ще до здобуття Україною незалежності; встановлено нормативну базу діловодства, напрацьовану незалежною Україною; названо міжнародні стандарти, які визначають вимоги до складання документів, вивчено чинні у системі соціального управління закони, НПА, процедури прийняття управлінських рішень та запропоновано прийняття спеціальних нормативно-розпорядчих документів, що регулювали б порядок здійснення управлінської діяльності.

Ключові слова: документ, документообіг, документознавство, правове регулювання, Україна, законодавство, міжнародні стандарти, управлінська діяльність.

Резюме

Сезонов В.С. Историко-правовые принципы формирования системы правового регулирования документооборота в Украине.

В статье проведен анализ формирования системы правового регулирования документооборота в Украине; в частности были рассмотрены понятие «документ», его характеристики и границы; установлены сферы применения документа; рассмотрены понятия «документооборот», «документоведение», «делопроизводство»; определен перечень законодательных актов, касающихся отдельных сторон документирования и нормативно-методических документов, регламентирующих ведение делопроизводства, изданных еще до обретения Украиной независимости; установлена нормативная база делопроизводства, разработанная независимой Украиной; названы международные стандарты, которые определяют требования к составлению документов, изучены действующие в системе социального управления законы, НПА, процедуры принятия управленческих решений и предложено принятие специальных нормативно-распорядительных документов, регулирующих порядок осуществления управленческой деятельности.

Ключевые слова: документ, документооборот, документоведение, правовое регулирование, Украина, законодательство, международные стандарты, управленческая деятельность.

Summary

Viktor Sezonov. Historical and legal principles of formation of the system of legal regulation of document flow in Ukraine.

The article emphasizes that information is of extraordinary value. It is stated that actions related to the circulation of information require its material consolidation, and the document is considered as material consolidation of information. It is noted that the information fixed on the material carrier becomes an information product, and the relations arising concerning creation, transfer (movement), storage, destruction of documents, ie relations within document circulation demand their legal regulation.

The article presents the most important for science achievements of scientists who studied the document flow and analyzed the historical and legal aspects of its formation in Ukraine. It is noted that nowadays scientists pay little attention to the study of the document as a separate category, do not analyze existing definitions, do not pay attention to the characteristics of the document. It is established that the issue of historical and legal bases of formation of the system of legal regulation of document circulation in Ukraine is considered fragmentarily and superficially. Arguments are made in favor of the fact that the document is a material carrier of information, an object created by man in a certain period of time; object of study of various scientific disciplines, the concept of “document” is ambiguous and depends on in what field and for what it is used; it is emphasized that office work plays an important role in the legal sphere.

It is proved that today it is extremely important to improve the document management system. It is noted that the issues of creating and working with personnel documents are partially regulated by labor legislation, financial and economic – the Commercial Code of Ukraine, documents of the private legal sphere – the Civil Code of Ukraine, documents containing information about the crime – the Criminal Code of Ukraine, accounting documents – in laws Of Ukraine on accounting, documentation of citizens ‘appeals and organization of work with these documents are detailed in the Law of Ukraine “On Citizens’ Appeals”. The procedure for working with confidential documents that constitute a state secret is considered in the Law of Ukraine “On State Secrets”, the features of working with electronic documents are disclosed in the laws of Ukraine “On electronic documents and electronic document management”, “On electronic trust services”, etc; emphasizes the need to develop domestic counterparts of international standards for working with documents; it is proposed to adopt special regulatory and administrative documentation that would regulate the implementation of management activities.

Key words: document, document circulation, document science, legal regulation, Ukraine, legislation, international standards, administrative activity.

О.О. СЕМЧИК

*Ольга Олександрівна Семчик, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-6155-0749

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УПРАВЛІНСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ СПРАВЛЯННЯ ПОРТОВИХ ЗБОРІВ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Правове регулювання відносин, пов'язаних із справлянням такого виду обов'язкових платежів, як портові збори, викликає значний науковий інтерес та актуальність для України з урахуванням зміни підходів до організаційно-правового забезпечення управлінської діяльності у цій сфері протягом останніх років. Окрім того, підходи до розподілу повноважень між органами державної влади, до предмета відання яких віднесено встановлення, зміну, справляння, контроль за справлянням такого виду зборів, вимагають системного унормування. На сьогодні вкрай проблемним залишається питання розробки та затвердження методики розрахунку розмірів портових зборів; відсутність спеціально уповноваженого органу, який має бути створений для здійснення державного регулювання у сфері транспорту, та невизначеність його правового статусу; нечіткість правового регулювання різних видів портових зборів та, відповідно, повноважень публічних органів у цій сфері. Важливість досліджуваної сфери суспільних відносин пов'язана передусім із потребою виконання функцій держави у сфері забезпечення безпеки у сфері морського та річкового транспорту, торговельного мореплавства, судноплавства тощо. Справляння портових зборів як змістовно, так і законодавчо пов'язано саме із забезпеченням публічного інтересу та здійсненням відповідних заходів, зокрема щодо організації та забезпечення безпечної експлуатації, підтриманні в належному стані гідротехнічних споруд, спеціалізованих суден, необхідного обладнання, пристроїв і механізмів для ліквідації аварій в акваторії морського порту. Втім, на сьогоднішній день недосконалість законодавчого закріплення повноважень органів публічної влади і, крім того, віднесення частини таких повноважень до прав та обов'язків господарюючих суб'єктів видається непослідовним у логіці побудови правового регулювання суспільних відносин у цій сфері на сучасному етапі. Враховуючи зазначене, з'ясування особливостей правового забезпечення управлінської діяльності у сфері справляння портових зборів в Україні є вкрай актуальним, що також підтверджується наявністю низки законопроектів різного змісту, спрямованих на визначення правового статусу спеціально уповноваженого органу, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням правового регулювання сплати обов'язкових неподаткових платежів, і зокрема портових зборів, була присвячено праці таких науковців, як А.О. Монаєнко, О.П. Подцерковний, О.А. Музика-Стефанчук, М.П. Кучерявенко, Н.Я. Якимчук. Втім, правова природа саме портових зборів, а також проблемні питання їх справляння на сьогоднішній день потребують комплексного аналізу та пропозицій щодо удосконалення правового регулювання у цій сфері. Потрібно зазначити, що значущість відносин, пов'язаних із розвитком портової інфраструктури, більше увагу до питань управління морськими портами привернула у представників економічної науки, зокрема В.В. Ковалю, А.Г. Дем'янченко, В.О. Котлубай, О.М. Кібік, Ю.З. Драпайло. Серед публікацій останніх років, присвячених правовому регулюванню управління портовою галуззю, і зокрема його фінансовій складовій, можна відмітити праці Е. Деркач щодо розвитку економічної конкуренції в портовій галузі.

Формулювання мети статті. Метою даної публікації є розкриття особливостей правового регулювання інституційного забезпечення справляння портових зборів в Україні, а також окреслення підходів до визначення правового статусу спеціально уповноваженого органу, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, до компетенції якого віднесено ключові повноваження щодо справляння портових зборів.

Виклад основного матеріалу. Справляння портових зборів в Україні здійснюється на підставі норм Закону України «Про морські порти» від 17 травня 2012 р. № 4709-VI (далі – Закон № 4709-VI)¹ та актів, ухвалених у розвиток його норм. Закон України № 4709-VI у п. 13 ст. 15 справляння та цільове використання портових зборів відносить до однієї із цілей створення Адміністрації морських портів України. Відповідно до п. 2.1 Правил надання послуг у морських портах України, затвердженого Наказом Міністерства інфраструктури України 5 червня 2013 р. № 348², адміністрація морських портів України є державним підприємством, утвореним згідно із законодавством, що забезпечує функціонування морських портів, утримання та

© О.О. Семчик, 2020

* *Olga Semchyk, Ph.D. in Law, Senior Scientific Researcher, Senior Scientific Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of NAS of Ukraine*

використання об'єктів портової інфраструктури державної форми власності, виконання інших покладених на нього завдань безпосередньо і через свої філії, що утворюються в кожному морському порту.

До джерел формування майна ДП «Адміністрація морських портів України» її Статуту (п. 4.3) віднесено доходи від портових зборів, плати за послуги, що надаються у морських портах суб'єктами природних монополій та стягуються відповідно до законодавства України. За чинним законодавством України ДП «Адміністрація морських портів України» забезпечує справляння портових зборів і має спрямовувати надходження від таких зборів на законодавчо визначені цілі (окрім коштів від адміністративного портового збору, які підлягають зарахуванню до Загального фонду Державного бюджету України).

Приписи норм законів у цій частині фактично закріплюють делегування ДП «Адміністрація морських портів України» управлінських функцій щодо реалізації державної політики у сфері морського та річкового транспорту і судноплавства шляхом справляння портових зборів та використання коштів від них на конкретну мету задля підтримки у безпечному стані морської й річкової інфраструктури, забезпечення охорони навколишнього природного середовища тощо.

За дослідженнями світового банку в Україні на сьогодні діє нетипова для міжнародної практики модель управління портовою сферою. Цей висновок поширюється і на правове забезпечення справляння портових зборів в Україні. Зазначається, що найбільш поширеним у світі підходом до управління портовою галуззю є модель «port-landlord», у основу якої закладено такі засади: саме на портову адміністрацію покладаються функції контролю за портовою територією, інфраструктурою та комплексним розвитком портів; приватні оператори діють на основі укладених із адміністрацією портів³. Тобто саме адміністрації морських портів відводиться ключова роль у забезпеченні розвитку портів, що, відповідно, має підкріплюватися фінансовою основою, яка створюється за рахунок портових зборів та оплати послуг, що надаються у портах.

Згідно із ст. 4 Закону України № 4709-VI до принципів організації функціонування та розвитку морських портів віднесено принцип цільового використання портових зборів (п. 7). Прийняття прозорості і недискримінаційної методики розрахунку та порядку стягнення ставок портових зборів, їх цільового використання є одним із ключових питань розвитку портової галузі. Це пояснюється тим, що портові збори потребують приведення до економічно обґрунтованого рівня, оскільки є вищими порівняно з портовими зборами в інших країнах⁴. Правові засади щодо цільового використання коштів, акумульованих від портових зборів, закріплено й у інших нормах Закону. Так, відповідно до положень ч. 1 ст. 22 зазначеного закону використання коштів від портових зборів допускається виключно за їх цільовим призначенням. Контрольні повноваження у цій частині віднесено до компетенції спеціально уповноваженого органу, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, а саме Національної комісії, яка здійснює державне регулювання у сфері транспорту (далі – Комісія). На сьогоднішній день повноваження Комісії у частині справляння портових зборів передбачені ст. 22 Закону України № 4709-VI. Так, відповідно до норм зазначеної статті національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, наділена наступними повноваженнями: встановлення розмірів ставок портових зборів для кожного морського порту (ч. 2); затвердження методики розрахунку розмірів ставок портових зборів (ч. 2); контроль за цільовим використанням коштів від портових зборів (ч. 6).

Зважаючи на те, що на даний момент така Комісія не створена, закон передбачив здійснення повноважень, наданих комісії, наступним чином: «Тимчасово, до створення національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, її функції та повноваження, визначені Законом України № 4709-VI, виконує центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах морського і річкового транспорту (п. 4 Розділу VI Закону України № 4709-VI)». Відповідно до Положення «Про Міністерство інфраструктури України»⁵ Мінінфраструктури є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах автомобільного, залізничного, морського й річкового транспорту. У Положенні «Про Міністерство інфраструктури України» закріплено такі повноваження у сфері справляння портових зборів: затвердження порядку справляння, обліку та використання коштів від сплати портових зборів, крім використання коштів від сплати адміністративного збору (підп. 13 п. 3); встановлення розмірів ставок портових зборів у морських портах та на внутрішніх водних шляхах (підп. 34 п. 3); затвердження методики розрахунку розмірів ставок портових зборів, які справляються у морських портах (підп. 35 п. 3). Зважаючи на зазначене, повноваження Комісії у сфері справляння портових зборів законом тимчасово віднесено до компетенції саме Мінінфраструктури. Варто звернути увагу, що у Положенні «Про Міністерство інфраструктури України» не закріплено повноваження, передбачене для Комісії законом щодо здійснення контролю за цільовим використанням коштів від портових зборів. У підп. 4 та 8 п. 5 Положення «Про Міністерство інфраструктури України» закріплено лише повноваження щодо забезпечення ефективного і цільового використання бюджетних коштів та здійснення у межах повноважень, передбачених законом, контролю за цільовим використанням державних коштів, передбачених для реалізації проєктів, виконання програм, зокрема міжнародних. Проте жодне із наведених повноважень не охоплює повноваження щодо контролю за цільовим використанням коштів від портових зборів. У такому разі виникає питання про відсутність механізму реалізації зазначених повноважень з боку Мінінфраструктури.

Зважаючи на те, що спеціальні законодавчі акти, які визначають правові, економічні та організаційні основи діяльності в морських портах України та торговельного мореплавства, не містять положень, які вказують на видову приналежність Комісії у системі органів державної влади, при визначенні порядку її утво-

рення і діяльності варто виходити із наступного. Відповідно до ч. 2 ст. 120 Конституції України організація, повноваження і порядок діяльності Кабінету Міністрів України, інших центральних та місцевих органів виконавчої влади визначаються Конституцією і законами України. Пункт 12 ст. 92 Основного Закону України встановлює, що організація і діяльність органів виконавчої влади визначається виключно Законами України.

На сьогодні відсутнє чітке розуміння як видової приналежності Комісії, так і виду нормативно-правового акта, яким має визначитися правовий статус такого органу. Зазначена невизначеність породжується відсутністю прямої вказівки у законах щодо механізму нормативного закріплення повноважень Комісії. Варто врахувати, що чинні нормативно-правові акти до сфери відання Комісії бланкетно відносять не тільки сферу морського транспорту, а й повітряного. Відповідно до ст. 3 Кодексу торговельного мореплавства України національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, визначена одним із органів, через який держава здійснює регулювання торговельного мореплавства. Статтею 4 (абз. 4 ч. 5) Повітряного кодексу України від 19 травня 2011 р. № 3393-VI⁶ передбачено, що національна комісія, яка здійснює державне регулювання у сфері транспорту, входить до системи органів, які здійснюють державне регулювання у сфері цивільної авіації та використання повітряного простору України. Таким чином, зазначеним Кодексом Комісія віднесена до системи органів, що виконують функції держави у сфері використання повітряного простору України, і жодним чином не йдеться про те, що метою створення зазначеної Комісії є забезпечення державного регулювання транспортної сфери в цілому. У цьому контексті постає питання, яке потребує окремого дослідження і стосується функцій та повноважень Комісії щодо державного регулювання інших видів транспорту, наприклад залізничного.

При визначенні видової належності Комісії до того чи іншого органу влади також варто врахувати, що відповідно до п. 4 Розділу VI Закону України № 4709-VI, тимчасово, до створення Комісії, виконання її функцій та повноважень, визначених Законом, покладено на центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах морського і річкового транспорту. Також проект Закону України № 3927 від 22 липня 2020 р. «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту» пропонує закріпити за Комісією статус постійно діючого центрального органу виконавчої влади зі спеціальним статусом.

Так законопроектом № 3927 від 22 липня 2020 р.⁷ пропонується закріпити, що до повноважень Комісії належить формування тарифів (зборів, плати) на послуги, що надаються суб'єктами природних монополій у сфері транспорту, зокрема щодо спеціалізованих послуг у річкових, морських портах, морських рибних портах та аеропортах. При цьому до функцій пропонується віднести прийняття Методики розрахунку розмірів ставок портових зборів. Таким чином, наведені положення пропонують фактично прив'язати сплату зборів та плат за послуги, що надаються у портах. Ще один законопроект у цій сфері № 2699 від 28 грудня 2019 р.⁸, поданий Кабінетом Міністрів України і у подальшому відкликаний, визначає Комісію як постійно діючий центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом і закладає аналогічний підхід до визначення повноважень у сфері справляння портових зборів.

Однак поза межами правового регулювання у цьому разі залишаються повноваження комісії, що стосуються портових зборів, справляння яких передбачено законодавством про морські порти.

У разі, якщо зазначена Комісія буде віднесена за своїм правовим статусом до центральних органів виконавчої влади, то питання її створення та діяльності мають вирішуватися відповідно до приписів Закону України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 р. № 3166-VI (далі – Закон України № 3166-VI)⁹. Частина 3 ст. 3 цього закону закріплює норму, згідно з якою положення про міністерства, інші центральні органи виконавчої влади затверджує Кабінет Міністрів України. Аналогічна норма міститься також у Законі України «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 р. № 794-VII¹⁰. Так, ст. 20 зазначеного закону передбачає, що Кабінет Міністрів України утворює, реорганізовує і ліквідує міністерства та інші центральні органи виконавчої влади відповідно до закону в межах коштів, передбачених у Державному бюджеті України на утримання органів виконавчої влади, затверджує положення про зазначені органи. Відповідно до положень ст. 4 Закону України № 3166-VI центральні органи виконавчої влади є юридичними особами публічного права. Стаття 5 Закону України № 3166-VI передбачає, що центральні органи виконавчої влади утворюються, реорганізуються та ліквідуються Кабінетом Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України. Стаття 16 зазначеного Закону закріплює положення, що центральні органи виконавчої влади утворюються для виконання окремих функцій з реалізації державної політики як служби, агентства, інспекції, комісії. Стаття 24 Закону України № 3166-VI містить положення щодо можливості утворення Кабінетом міністрів України центральних органів виконавчої влади зі спеціальним статусом.

Такий підхід до створення комісії зі спеціальним статусом реалізовано шляхом ухвалення постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання Національної комісії зі стандартів державної мови» від 6 листопада 2019 р. № 911¹¹. Відповідно до зазначеної постанови національна комісія зі стандартів державної мови є центральним органом виконавчої влади із спеціальним статусом, діяльність якого спрямовує та координує Кабінет Міністрів України через Міністра освіти і науки (далі – Міністр).

Водночас в Україні законодавчо унормовано діяльність Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг. Подібність цієї комісії до Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, зумовлена тим, що на обидві ці комісії покладено функції щодо державного регулювання певної сфери суспільних відносин. Окрім того, формування тарифної політики на державному рівні віднесено саме до компетенції саме цих органів. Окремо потрібно звернути

увагу на регулювання правового статусу Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг. Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг» від 22 вересня 2016 р. № 1540-VIII¹² Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг є постійно діючим центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, який утворюється Кабінетом Міністрів України. Визначення правового статусу цієї Комісії на рівні закону зумовлено положеннями спеціального законодавства у сфері державного регулювання у сфері комунальних послуг та енергетики. Так, ч. 2 ст. 2 Закону України «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг» від 9 липня 2010 р. № 2479-VI¹³ передбачає, що порядок організації діяльності національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, визначається Законом України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг».

З вищезазначеного можна зробити висновок, що визначення правового статусу центрального органу виконавчої влади може здійснюватися у два способи: 1) через ухвалення постанови Кабінету Міністрів України, яким затверджується Положення, що визначає правові засади діяльності такого органу; 2) через прийняття Закону України, що визначає правові засади діяльності такого органу у випадку, якщо такий порядок прямо передбачений нормами спеціального законодавства, яке регулює відносини, що належать до предметної сфери відання зазначеного органу.

На сьогоднішній день спеціальні закони України, що регулюють відносини, пов'язані з діяльністю транспорту, не містять норми, яка передбачає, що порядок організації діяльності національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, має визначатися окремим спеціальним законом. Така пропозиція викладена у законопроектах, які стосуються державного регулювання у сфері транспорту та перебувають на розгляді Верховної Ради України. Отже, у разі закріплення такої норми правовий статус Комісії може бути визначено на рівні закону. У разі відсутності такого законодавчого припису правові основи діяльності національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту як центрального органу виконавчої влади, мають визначатися згідно з положеннями Закону України № 3166-VI – тобто відповідним положенням, що визначає правові засади діяльності такого органу, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України.

Висновки. Нині день правове регулювання у сфері справляння портових зборів, зокрема у частині забезпечення управлінської діяльності, потребує суттєвого вдосконалення. Необхідність таких законодавчих змін зумовлена низкою чинників: 1) оскільки портові збори віднесено до обов'язкових неподаткових платежів, і не віднесено до бюджетних надходжень (окрім адміністративного збору), то контроль за їх цільовим використанням є вкрай важливим для забезпечення безпеки на морському і річковому транспорті; 2) повноваження щодо портових зборів закріплено за двома суб'єктами: Адміністрацією морських портів та спеціально уповноваженим органом – національною комісією, яка здійснює державне регулювання у сфері транспорту (а до її створення – за Міністерством інфраструктури); справляння та цільове використання портових зборів має забезпечуватися Адміністрацією морських портів України, а встановлення розмірів ставок портових зборів, затвердження методики їх розрахунку та контроль за цільовим використанням коштів від портових зборів має здійснювати національна комісія (до її створення – Міністерство інфраструктури); 3) у зв'язку з тим, що національна комісія і досі не створена, Міністерство інфраструктури лише частково виконує повноваження у цій сфері, а саме: на сьогоднішній день немає методики розрахунку портових зборів і не визначено механізм контролю за цільовим використанням коштів від них; 4) на даний момент відсутня будь-яка визначеність у питанні правового статусу національної комісії та, відповідно, порядку її створення й діяльності. Таким чином, з метою створення дієвого правового підґрунтя для здійснення управлінської діяльності у сфері справляння портових зборів нагального вирішення потребує питання законодавчого закріплення функцій та повноважень національної комісії та її створення. Окрім цього, задля належного виконання функцій комісією необхідно чітко визначитися із правовою природою портових зборів, співвіднесенням адміністративного портового збору із родовим поняттям адміністративних зборів, закріпленням у законодавстві про адміністративні послуги, та узгодженням між собою норм законів різного галузевого спрямування, що регулюють справляння портового адміністративного збору.

¹ Про морські порти: Закон України від 17 травня 2012 р. № 4709-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4709-17#Text>

² Про затвердження Правил надання послуг у морських портах України: наказ Міністерства інфраструктури України від 5 червня 2013 р. № 348. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1401-13#Text>

³ The World Bank report: Transition of USPA to a Landlord Port Model will Promote Comprehensive Development of Ports and Their Integration with Port Cities. URL: <http://www.uspa.gov.ua/en/press-center/news/uspa-news/17360-the-world-bank-report-transition-of-uspa-to-a-landlord-port-model-will-promote-comprehensive-development-of-ports-and-their-integration-with-port-cities>

⁴ Деркач Е. Правові питання розвитку економічної конкуренції в портовій галузі. *Юридичний вісник*. № 2020. № 3. С. 191–200.

⁵ Про затвердження Положення про Міністерство інфраструктури України: постанова Кабінету Міністрів України від 30 червня 2015 р. № 460. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/460-2015-%D0%BF#Text>

⁶ Повітряний кодекс України від 19 травня 2011 р. № 3393-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17#Text>

⁷ Проект Закону про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту № 3927 від 22 липня 2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69593

⁸ Проект Закону про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту № 2699 від 28 грудня 2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67823

⁹ Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17 березня 2011 р. № 3166-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3166-17#Text>

¹⁰ Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 27 лютого 2014 р. № 794-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-18#Text>

¹¹ Деякі питання Національної комісії зі стандартів державної мови: постанова Кабінету Міністрів України від 6 листопада 2019 р. № 911. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/911-2019-%D0%BF#Text>

¹² Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг : Закон України від 22 вересня 2016 р. № 1540-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-19#Text>

¹³ Про державне регулювання у сфері комунальних послуг: Закон України від 9 липня 2010 р. № 2479-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2479-17#Text>

Резюме

Семчик О.О. Особливості правового забезпечення управлінської діяльності у сфері справляння портових зборів в Україні.

У статті висвітлено проблематику законодавчого закріплення та реалізації повноважень органів державної влади та інших суб'єктів у сфері справляння портових зборів в Україні. Недосконалість правового забезпечення управлінської діяльності у цій сфері виявляється у тому, що спеціальне законодавство у правовому механізмі справляння портових зборів передбачає наявність спеціально уповноваженого органу – національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту. Така комісія має забезпечити встановлення розмірів ставок портових зборів, затвердження методики їх розрахунку та контроль за цільовим використанням коштів від таких зборів. На теперішній час відсутність національної комісії, а також законодавчого акта, який визначає правові основи її діяльності, призводить до відсутності правової визначеності і, відповідно, до неналежного забезпечення процесу справляння портових зборів з боку держави. Це виявляється, зокрема, у протиріччях щодо визначення правової сутності портових зборів, відсутності обґрунтування їхніх ставок, а також механізмів контролю за цільовим використанням коштів від таких платежів. У зв'язку із тим, що у законах немає положення, яким передбачено, що порядок організації діяльності національної комісії визначається окремим спеціальним законом, наявна також проблема невизначеності правового статусу такої комісії. За чинним законодавством правові основи діяльності національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту як центрального органу виконавчої влади, мають визначитися відповідно до законодавства про центральні органи виконавчої влади, а саме: на рівні відповідного положення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України.

Ключові слова: портові збори, національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, контроль за цільовим використанням коштів від портових зборів.

Резюме

Семчик О.А. Особенности правового обеспечения управленческой деятельности в сфере взимания портовых сборов в Украине.

В статье освещена проблематика законодательного закрепления и реализации полномочий органов государственной власти и других субъектов в сфере взимания портовых сборов в Украине. Незовершенство правового обеспечения управленческой деятельности в этой сфере выражается в том, что специальное законодательство в правовом механизме взимания портовых сборов предполагает наличие специально уполномоченного органа – национальной комиссии, осуществляющей государственное регулирование в сфере транспорта. Такая комиссия призвана обеспечить установление размеров ставок портовых сборов, утверждение методики их расчета и контроль за целевым использованием средств от таких сборов. В настоящее время отсутствует национальная комиссия, а также законодательного акта, который определяет правовые основы ее деятельности, приводит к отсутствию правовой определенности и таким образом – ненадлежащему обеспечению процесса взимания портовых сборов со стороны государства. Это проявляется, в частности, в противоречиях по определению правовой сущности портовых сборов, отсутствию обоснования их ставок, а также механизмов контроля за целевым использованием средств от таких платежей. В связи с тем, что в законах отсутствует положение, которым предусмотрено, что порядок организации деятельности национальной комиссии определяется отдельным специальным законом, возникает также проблема неопределенности правового статуса такой комиссии. По действующему законодательству правовые основы деятельности национальной комиссии, осуществляющей государственное регулирование в сфере транспорта как центрального органа исполнительной власти, должны определяться в соответствии с законодательством о центральных органах исполнительной власти, а именно: на уровне соответствующего положения, утвержденного постановлением Кабинета Министров Украины.

Ключевые слова: портовые сборы, национальная комиссия, осуществляющая государственное регулирование в сфере транспорта, контроль за целевым использованием средств от портовых сборов.

Summary

Olga Semchyk. Peculiarities of legal regulation of port dues administration in Ukraine.

The article highlights the issue of legislative consolidation and implementation of the powers of public authorities and other entities in the field of port dues in Ukraine. The imperfection of the legal support of management activities in this area is manifested in the fact that special legislation in the legal mechanism of port dues provides for the presence of a specially authorized body – the national commission for state regulation in the field of transport. Such a commission should ensure the establishment of the rates of port fees, approval of the methodology for their calculation and control over the targeted use of funds from such fees. At present, the absence of a national commission, as well as the absence of a legislative act that determines the legal basis of its activities, leads to inadequate provision of the port collection process by the state. This is claimed, in particular, in the contradictions in determining the legal nature of port dues, the lack of justification for their rates, as well as the lack of mechanisms to control the targeted use of funds from such payments. Due to the fact that the laws do not contain a provision stipulating that the procedure for organizing the activities of a national

commission is determined by a separate special law, there is also the problem of uncertainty about the legal status of such a commission. According to the current legislation, the legal basis for the activities of the national commission in the field of transport as a central executive body must be determined in accordance with the legislation on central executive bodies, namely: at the level of the relevant regulation approved by the Cabinet of Ministers.

Key words: port dues; national commission for state regulation in the field of transport; control over the targeted use of funds from port dues.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.33

УДК 346.1/9

Є.Ю. БОСЕНКО

*Євгеній Юрійович Босенко, начальник управління Державної аудиторської служби України, аспірант Київського національного торговельно-економічного університету**

ORCID: 0000-0002-0792-8456

ПРАВОВИЙ СТАТУС САМОРЕГУЛЬОВаних ОРГАНІЗАЦІЙ ОЦІНЮВАЧІВ

Постановка проблеми. Становлення та розвиток України як демократичної, соціальної та правової держави неможливе без ефективного саморегулювання професійної діяльності, яке має забезпечити гармонійний розвиток держави у напрямі належної взаємодії між громадянським суспільством та органами державної влади. Офіційно визнано в Україні лише вісім саморегульованих організацій (далі – СРО) з оціночної діяльності, в тому числі з оцінки земель, дві – із землеустрою. Разом із тим в окремих видах оціночної діяльності існують організації, що за сукупністю виконуваних ними функцій та за властивими їм ознаками можуть бути віднесені до саморегульованих, але законодавством не передбачено можливості саморегулювання у відповідних сферах. Водночас у законодавстві немає єдиного підходу до визначення правового статусу саморегульованих організацій в оціночній діяльності, відсутній системний і комплексний порядок утворення та діяльності саморегульованих організацій.

Питання саморегулювання останнім часом досить активно обговорюється в наукових колах. Учені намагаються створити концепції саморегулювання, виходячи з позиції теорії права, адміністративного, цивільного, господарського права та інших галузей. Однак комплексного дослідження становища саморегульованих організацій професійної оціночної діяльності не здійснено. Такий погляд не сприяє повноцінному розкриттю сутності та змісту саморегулювання професійної діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні аспекти дослідження сучасної правової доктрини саморегулювання професійної діяльності відображені в роботах вітчизняних та зарубіжних учених, зокрема: М. Айснера, О. Бакалінської, Л. Баккаро, А. Бобкової, О. Беляневич, О. Вінник, О. Гончаренко, С. Демченка, В. Добровольської, Д. Задихайла, О. Кологойди, В. Кочина, Т. Кравцової, А. Науменка, Е. Огуса, Н. Філатової, Д. Фішера, Дж. Шорта, В. Щербини та ін. Питання саморегулювання досліджувалося здебільшого в розрізі діяльності певних саморегульованих організацій, їх правового статусу та функцій, взаємодії з органами державної влади, окремих засобів саморегулювання.

Гіпотеза – правова регламентація оціночної діяльності в Україні є недосконалою, вимагає внесення певних коректив, тому на підставі аналізу європейського законодавства про оціночну діяльність необхідно визначити недоліки правових основ регулювання оціночної діяльності в Україні і запропонувати варіанти їх усунення.

Формулювання мети статті. Метою статті є визначення особливостей правового статусу саморегульованих організацій оцінювачів в Україні на підставі дослідження положень національного законодавства, іноземних держав; розробка пропозицій з удосконалення законодавства України з питань саморегулювання.

Виклад основного матеріалу. Інститут оціночної діяльності в європейських державах є досить розвинутою сукупністю некомерційних, саморегульованих організацій, що здійснюють оціночну діяльність в різних аспектах розвитку та функціонування суспільства. Під оціночною діяльністю розуміється діяльність незалежних некомерційних організацій (саморегульованих), прихильних підвищенню якості в професії оцінювача. Роль оціночної діяльності – зміцнення довіри суспільства до оцінки шляхом розробки стандартів і забезпечення їх універсального прийняття і впровадження для оцінки активів у всьому світі. На нашу думку, оціночна діяльність є фундаментальною частиною фінансової системи, поряд із високим рівнем професіоналізму в їх застосуванні. Варто зауважити, що саморегульовані організації доволі незалежні у своїй діяльності. Втручання органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб

© Є.Ю. Босенко, 2020

* *Yevhenii Bosenko, Head of the Department of the State Audit Service of Ukraine, Postgraduate student of Kyiv National Trade and Economic University of Ukraine*

у роботу саморегульвних організацій небажане. Зрозуміло, що повноваження публічних органів влади та їх посадових осіб щодо контролю та нагляду за саморегульвними організаціями мають бути чітко сформульовані на рівні закону.

Головною метою створення саморегульвних організацій є контроль та впорядкування діяльності на певному ринку або в певній сфері, галузі, виді економічної діяльності, представлення й захист інтересів своїх учасників та створення відповідних норм, контроль за їх виконанням. Варто зауважити, що мета може бути пов'язана з виконанням певних публічних завдань.

Н.Ю. Філатова зазначає, що: «... мета утворення СРО полягає не просто у здійсненні «регулювання для регулювання», а в розробці додаткових правил, норм і підвищених стандартів діяльності для їх членів і здійсненні контролю за їх дотриманням з метою задоволення інтересів широкого кола споживачів, з одного боку, а також забезпечення ділових інтересів членів СРО – з другого»¹.

М. Олсон стверджує, що «... «сильні бізнес-асоціації» фактично завдають шкоди національній економіці, оскільки протистоять ринковій конкуренції; гальмують впровадження і широке розповсюдження нових технологій...; протистоять ефективності та економічності, які є чинниками міжнародної торгівлі»².

Різноманітність назв та підходів до визначення явища СРО підкреслюють недосконалість та прогалини законодавчого регулювання, неусталеність понятійного апарату та безсистемний підхід щодо належного правового забезпечення цього явища. СРО має діяти передусім у сфері економічної діяльності, а особливість її функціонування має бути виокремлено із загального розуміння інших неприбуткових організацій. СРО є учасницею цивільно-правових та господарсько-правових відносин, має колективні права інтелектуальної власності для забезпечення власної діяльності здійснювати господарську діяльність у встановлених законодавством межах.

Варто зазначити, що поняття саморегульвної організації закріплено на законодавчому рівні. Цікаво, що вперше визначення саморегульвної організації надавалося Законом України «Про державне регулювання ринку цінних паперів» від 30 жовтня 1996 р. № 448/96-ВР, у ст. 1³. Згодом таке положення було виключено. Наразі на фондовому ринку саморегульвні організації діють відповідно до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV, поняття СРО закріплено у: ч. 2 ст. 2⁴. Дефініція СРО закріплена також у ст. 66 Закону України «Про інститути спільного інвестування» від 5 липня 2012 р. № 5080-VI⁵, п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. № 2664-III⁶, ст. 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» від 9 липня 2003 р. № 1057-IV⁷, ст. 26 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р.⁸

О. Гончаренко стверджує, що саморегульвні організації в більшості випадків обов'язково залучаються до процесу формування державної політики на певному ринку, у сфері, галузі, виді господарської діяльності шляхом розроблення проектів нормативно-правових актів⁹. Органи державної влади проводять різноманітні консультації з питань здійснення господарської або професійної діяльності, утворюють дорадчі та інші допоміжні органи, в роботі яких беруть участь представники саморегульвних організацій. Таким чином, саморегульвні організації залучаються до вирішення питань місцевого значення на рівні органів місцевого самоврядування. Тому цілком очевидно, що співпраця, здійснення нагляду та контролю з боку держави щодо саморегульвних організацій має бути максимально прозорою. На думку О. Гончаренко, саморегульвні організації є певним вільним майданчиком для формування, усвідомлення та реалізації інтересів усіх заінтересованих осіб у регулюванні певного ринку, сфери, галузі чи виду господарської або професійної діяльності, то залучення цих організацій до розробки законопроектів, проведення консультацій з ними з питання утворення, компетенції СРО, нагляду та контролю за їх діяльністю, розподілу функцій з нагляду та контролю між органами публічної влади та СРО є обов'язковим. Саме тому взаємодія та співпраця із саморегульвними організаціями на основі визначених законом норм є запорукою ефективного регулювання.

Діяльність саморегульвної організації оцінювачів закріплена в Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658-III¹⁰. Аналіз цього закону виявляє певні колізії. У сфері оцінки майна спочатку створюється громадська організація, якій може бути згодом надано вдруге офіційний статус СРО, тому законодавець і каже про громадський контроль. Але варто відзначити суттєвий нюанс: офіційно визнана СРО не може здійснювати громадське регулювання, оскільки є представником бізнесу і в багатьох випадках лобіює його інтереси і на цьому етапі стає стороною процесу регулювання. СРО не може здійснювати «громадський» контроль за своєю діяльністю. Саме тому доцільно вважати, що слід виключити положення в Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12 липня 2001 р. № 2658-III щодо громадського регулювання, яке здійснює саморегульована організація.

Звісно ж концептуально хибним є віднесення оціночної діяльності до публічно-значимих видів діяльності, що порушує деякі засадничі положення цивільного українського законодавства.

По-перше, регулювання оціночної діяльності, встановлене законом, суперечить правовій природі оціночної діяльності. Закон визначає оціночну діяльність як професійну, що не є підприємницькою. Разом із тим, з аналізу цивільного законодавства випливає, що за своєю цивільно-правовою природою оціночна діяльність є саме підприємницькою. Оціночна діяльність не має публічного характеру, і це кардинально відрізняє її від діяльності, наприклад, нотаріусів та арбітражних керуючих. У результаті сучасне регулювання оціночної

діяльності прийшло в протиріччя з її правовою природою, воно порушує положення цивільного законодавства про підприємницьку діяльність і не відповідає завданням та цілям реформи.

По-друге, закон поклав цивільно-правову відповідальність за результати оцінки на оцінювача – працівника юридичної особи, яка уклала договір на проведення оцінки, і фактично звільнив від такої відповідальності зазначену юридичну особу. Тим самим закон концептуально порушив імперативні положення цивільного законодавства про суб'єктів цивільного права, підстави виникнення їх прав і обов'язків, підстави та умови відповідальності за порушення зобов'язань.

Відповідно до зазначених положень саме юридична особа, що уклала договір на проведення оцінки, має нести відповідальність за невиконання або неналежне виконання прийнятих на себе зобов'язань. Таким чином, юридична особа, що уклала договір на проведення оцінки, і є повноправним суб'єктом оціночної діяльності.

З урахуванням посилення інтеграції України в європейський простір слід звернутися до питання оціночної діяльності з позиції європейського законодавства, зокрема, Бельгії та Польщі.

У даний час у Бельгії титул оцінювача («сюрвейера») закріплений за незалежним фахівцем зі спеціальною освітою, який відповідає нормативним вимогам для виконання необхідних професією завдань сертифікованого оцінювача.

«Сюрвейер» пропонує свої послуги в наступних сферах:

- у сфері шлюбно-сімейних відносин – для кваліфікаційної оцінки нотаріальних документів, поданих у випадках: правонаступництва, обміну, розділу, підрахунку часткою в нерухоме майно, в спірних питаннях;
- в будівельній галузі – для виконання технічних замірів, вимірювань, консультації тощо;
- в економічній сфері – для проведення оцінки продуктів фінансової сфери.

Завдання оцінювача повинні відповідати таким умовам (стандартам якості):

– незалежність: оцінювач – це вільна професія. Немає комерційних цілей, які могли б суперечити професійній діяльності оцінювача; він також повинен бути зареєстрований у Реєстрі оцінювачів. На даний момент не існує органу, в який клієнт міг би подати скаргу на передбачувані помилки в роботі оцінювача. Якщо оцінювачі належать до профспілок, клієнт може подати скаргу в профспілки. Кваліфікація оцінювача повинна бути підтверджена документально (дипломами про вищу професійну освіту; дипломами про проходження курсів підвищення кваліфікації і т.д.). Однак сьогодні в бельгійському законодавстві існує «пробіл», який дав можливість групі осіб-оцінювачів займатися професійною оціночною діяльністю без необхідної освіти. Новий закон покликаний запобігти зловживанням подібного роду.

Варто зазначити, що в Бельгії найбільш розвинена і затребувана професія оцінювача нерухомості до завершення продажу або рефінансування власності. Кредитори зазвичай покладаються на незалежних оцінювачів нерухомості, оскільки нерухомість є запорукою для позики, яка використовується для фінансування угоди. Кредитор може заарештувати і продати нерухомість в разі невиконання позичальником своїх зобов'язань. Позичальники, які купують або рефінансують нерухомість, також можуть зажадати проведення оцінки, щоб переконатися в тому, що ціна власності відповідає об'єктивній оцінці її вартості.

Поточне регулювання оцінки власності засновано на законодавстві, прийнятому після двох фінансових криз: законодавство, що регулює оцінку, включає Розділ XI Закону 1989 р. про реформу, відновленні й правозастосуванні фінансових інститутів (FIRREA, PL 101-73)¹¹, а також Закон Додда-Франка про реформу Уолл-стріт і захисту прав споживачів (Закон Додда-Франка, PL 111-203), який вступив в силу після Subprime Mortgage. На додаток до змін, внесених до Закону Додда-Франка, вимоги про незалежність оцінювача були включені в Закон про житлове будівництво і економічному відновленні (HERA) від 2008 р.

Як наглядовий орган за ліцензуванням та сертифікацією оцінювачів нерухомості був створений Підкомітет з оцінкою (ASC) в рамках екзаменаційного ради федеральних фінансових установ (FFIEC)¹², але ліцензування і сертифікація оцінювачів було залишено на розсуд державних органів.

Згідно з польським законодавством, оцінювач – це особа, яка має державну ліцензію на оцінку нерухомості. Варто звернути увагу, що в польському, так само як і в бельгійському суспільстві, превалює оціночна діяльність нерухомості. Ліцензію можна отримати, здавши іспит у Державній екзаменаційній комісії. Для складання іспиту необхідно мати академічну освіту в галузі права чи економіки. Крім того, якщо освіта кандидата не відповідає вимогам програми, він або вона повинні закінчити аспірантуру за обраним напрямом.

Шлях до отримання ліцензії докладно описаний у стандартах PFSRM (Польська федерація асоціацій оцінювачів):

1. Визначення оцінювача.

1.1. Оцінювач – це фізична особа, яка має дозвіл на оцінку нерухомості, видане Міністерством інфраструктури або президентом Інституту територіального управління та житлового будівництва відповідно до закону про геодезію і картографію від 17 травня 1989 р., а також президентом Інституту територіального управління та житлового будівництва відповідно до закону про управління нерухомістю від 21 серпня 1997 р.

1.2. Виконання роботи оцінювача без необхідного дозволу заборонено під загрозою застосування санкцій у вигляді грошового штрафу, встановленого Законом про управління нерухомістю.

1.3. Оцінювач отримує ліцензію на виконання своїх завдань в день реєстрації в Реєстрі оцінювачів, який веде Інститут територіального управління та житлового будівництва. Витяги з Реєстру, що стосуються оцінювачів, публікуються губернаторами провінцій в місцевих офісних журналах.

Як видно з наведеного вище порівняння, отримання титулу оцінювача в Польщі регулюється дуже точними і суворими правилами, на відміну від бельгійського законодавства. Практично необхідно закінчити аспірантуру і здати державний іспит високого рівня складності. У Бельгії отримати подібний дозвіл набагато простіше. Насправді досить мати відповідний диплом про професійну вищу освіту. Також можливо без значних перешкод провести нострифікацію ліцензій, отриманих в інших європейських країнах ЄС. Для цього достатньо двох років практики. Це приводить до висновку, що найбільш важливим фактором є регульований ринок оцінювачів, здатний істотно впливати на якість проведених оцінок.

Немає принципових відмінностей між професійною кваліфікацією і обов'язками оцінювачів у Польщі і Бельгії. Але в Польщі існує тенденція до інституціонального регулювання речей, особливо щодо способів отримання ліцензії і питань професійної відповідальності, у той час як у Бельгії точно більше свободи дій і більш легкий доступ до ведення професійної діяльності. Також добре видно різницю в тривалості навчання. У Бельгії досить закінчити трирічний бакалаврат, у той час як у Польщі навчання даної професії триває п'ять років з обов'язковою післядипломною практикою.

Обов'язки бельгійського оцінювача набагато «скромніше», але це не означає, що він не несе відповідальності – в основному фінансової – за допущені помилки. Розгляд бельгійського підходу до роботи оцінювача може показати деякі можливості наступності в професійній діяльності оцінювача в Польщі.

Аналіз чинного законодавства України в галузі саморегулювання свідчить про те, що на рівні законів не достатньо нормативно забезпечено здійснення нагляду та контролю за діяльністю СРО. Існуючі нечисленні підзаконні нормативно-правові акти, які прийнято в розвиток законів, лише поверхово передбачають проведення нагляду та контролю за діяльністю СРО і тільки в разі наявності офіційних СРО на певному ринку, сфері, галузі, виді господарської діяльності. Здебільшого в нормативних положеннях виконання функції нагляду та контролю за СРО полягає в повноваженнях публічних органів влади здійснювати перевірку щодо відповідності вимог законодавства України щодо набуття та втрати статусу СРО. Перевірці підлягає, першочергово, достовірність наданої інформації та своєчасність її подання. У низці випадків до компетенції органів публічної влади входить контроль виконання повноважень з регулювання СРО господарської діяльності на ринку, сфері, галузі, виді господарської діяльності.

Висновок. На підставі всього сказаного можемо зробити висновок, що аналіз чинного законодавства у сфері саморегулювання свідчить про те, що на рівні законів України недостатньо нормативно регламентована діяльність оцінювачів. Нечисленні підзаконні нормативно-правові акти, які прийнято в розвиток законів, тільки поверхово регламентують діяльність саморегулювальних організацій оцінювачів. Суттєвим недоліком законодавства України є відсутність механізмів підтримки діяльності СРО, а тому з метою реального впровадження саморегулювання на початковому етапі потрібно створити нормативне забезпечення їх діяльності, де передбачити низку таких заходів. Необхідним залишається прийняття положень щодо прозорого й відкритого механізму проведення нагляду та контролю органами публічної влади.

Таким чином, автором дослідження доведено, що питання правового статусу саморегулювальних організацій оцінювачів законодавством чітко не визначено і вимагає подальшої обробки.

Було проаналізовано зарубіжне законодавство, яке регламентує діяльність оцінювачів, що показало істотні відмінності в даній сфері діяльності. Це дає підставу вважати, що питання визначення правового статусу та забезпечення належного правового поля для саморегулювальних організацій оцінювачів є визначальним для успішного розвитку української держави.

¹ Філатова Н. Поняття та ознаки саморегулювальних організацій. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. № 1. С. 280–290.

² Olson M. *Power and Prosperity: Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships*. New York. Basic Books, 2000.

³ Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні: Закон України від 30 жовтня 1996 р. № 448/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 51. Ст. 292.

⁴ Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3480-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 31. Ст. 268.

⁵ Про інститути спільного інвестування: Закон України від 05 липня 2012 р. № 5080-VI.

⁶ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 1. Ст. 1.

⁷ Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 09 липня 2003 р. № 1057-IV.

⁸ Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2658-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 47. Ст. 251.

⁹ Гончаренко О.М. Саморегулювальні організації: проблематика делегування повноважень, нагляду та контролю. *Приватне право і підприємництво*. 2019. Вип. 19. С. 156–163.

¹⁰ Кочин В.В. Цивільно-правові відносини участі суб'єктів підприємництва у саморегулювальних організаціях : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 128 с.

¹¹ H.R. 1278, P.L. 101-73, became law August 9, 1989. The appraisal subcommittee of the FFIEC can be found at 12 U.S.C. 3301 et. seq.

¹² The FFIEC includes the Federal Reserve Board (FRB), the Office of the Comptroller of the Currency (OCC), the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), and the National Credit Union Administration (NCUA).

Резюме

Босенко Є.Ю. Правовий статус саморегульованих організацій оцінювачів.

У статті представлено питання наукових підходів дослідження правового статусу саморегульованих організацій оцінювачів; генеза становлення та розвитку законодавства щодо саморегулювання професійної оціночної діяльності. Проведений автором аналіз європейського законодавства в галузі забезпечення оціночної діяльності показав, що найбільш ефективні важелі управління закладені бельгійським законодавством, при цьому воно має істотні відмінності. Українське законодавство в питаннях визначення оціночної діяльності пропонує покласти весь функціонал в даній сфері на саморегульовані організації. Однак на сьогоднішній день з огляду на досить велику кількість колізійних норм українське законодавство так і не прийшло до єдності визначення та організації оціночної діяльності. За аналогією з європейським законодавством автором запропоновано поправки в чинне законодавство України.

Ключові слова: саморегулювання, саморегульовані організації (СРО), оцінка земель, землевпорядкування, публічне право, приватне право, оцінювальна діяльність.

Резюме

Босенко Е.Ю. Правовой статус саморегулируемых организаций оценщиков.

В статье представлены вопросы научных подходов исследования правового статуса саморегулируемых организаций оценщиков; генеза становления и развития законодательства о саморегулировании профессиональной оценочной деятельности. Проведенный автором анализ европейского законодательства в области обеспечения оценочной деятельности показал, что наиболее эффективные рычаги управления заложены бельгийским законодательством, при этом оно имеет существенные отличия. Украинское законодательство в вопросах определения оценочной деятельности предлагает возложить весь функционал в данной сфере на саморегулируемые организации. Однако на сегодняшний день ввиду достаточно большого количества коллизионных норм украинское законодательство так и не пришло к единству определения и организации оценочной деятельности. По аналогии с европейским законодательством автором предложены поправки в действующее законодательство Украины.

Ключевые слова: саморегулирование, саморегулируемые организации (СРО), оценка земель, землеустройство, публичное право, частное право, оценочная деятельность.

Summary

Yevhenii Bosenko. Legal status of Self-Regulating Organizations of Appraisals.

The aim of this article is to represent the state of the evolution and forming of the concept and determination of the legal status for self-regulatory organizations of appraisers in the independent state of Ukraine along with types of self-regulatory organizations of appraisers (the attempt of their classification is planned to be represented in the article, as well as the research of the issue on determination of the concept "professional activities" will be developed).

The process of establishment of Ukraine as democratic, social and legal state is hard to imagine without the availability of self-regulation of professional activities which will enable a harmonic development of the state towards proper interaction between the democratic society and state power authorities.

Such feature as activities of professional appraisers within the concept of legal status of self-regulatory organizations of appraisers has been particularly emphasized. As the number of researches concerning legal status of self-regulatory organizations of appraisers is very limited all over the world and, in Ukraine such scientific works dedicated to self-regulatory organizations specialized in appraisal professional activities are hardly ever met.

Nowadays only eight self-regulatory appraisal organizations have been officially recognized in Ukraine, including those which make land evaluation, and two of them are in the sphere of the organization of the use of land (Land Management).

Except of this, within the framework of several types of appraising activities such organizations exist as those which on the basis of complex of their performing functions, as well as close features to them can be considered as belonging to self-regulating ones, but legislation doesn't envisage possibilities for regulation in corresponding professional spheres.

At the same time, the national legislation lacks the unified approaches to the determination of the legal status of self-regulatory organizations (SRO), along with the system and complex procedure for the establishment of self-regulating organizations.

First, we present evidence and implications from an analysis of the domestic legislation in the field of administrative, civil, economic Law that till now any complex research on professional appraisal activities of self-regulation organizations has not been performed.

Second, we will present the event study results suggesting the essence and contents of self-regulation within appraisal activities.

Finally, we will find out that the problem issues of self-regulation have been researched mainly within the context of activities of the certain self-regulation organizations, their legal status and functions, interaction with power authorities, several means and tools of self-regulation.

The genesis of the establishment and development of legislation on self-regulation of professional appraising activities has been also presented.

Key words: Self-regulation, self-regulatory organizations (SRO), Land Evaluation, Land Management, Public Law, Private Law.

М.Г. КОГУТ

*Марина Геннадіївна Когут, старший викладач юридичного факультету Державного вищого навчального закладу «Ужгородський національний університет»**

ORCID: 0000-0001-7885-7416

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРЯМИХ ТА НЕПРЯМИХ ПОДАТКІВ: ОСНОВНІ ДЕТЕРМІНАНТИ

Постановка проблеми. Функціонування держави на належному рівні в усіх сферах залежить від фінансової стабільності та наповненості бюджету. Вивчення дохідних джерел бюджету завжди є актуальним питанням ще й з огляду на те, що сучасне суспільство характеризується високою динамічністю у всіх сферах і для того, щоб відповідати вимогам часу, країнам потрібно приводити у відповідність з реаліями і всі питання, що стосуються фінансової сфери. Податки є ключовим елементом наповнення бюджету. Однак питання ефективного їх застосування потребує чіткого усвідомлення суті прямих та непрямих податків та основних елементів їх співвідношення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема А.С. Абрамова, В.С. Альошкін., В.Л. Андрущенко, О.М. Бандурка, В.В. Буряковський, П.Т. Гега, Я.В. Греца, О.Д. Данилов, В.А. Дедекаєв, Л.М. Доля, О.С. Задорожний, А.А. Кучер, М.П. Кучерявенко, А.І. Крисоватий, І.О. Лютий, К.А. Матвійчук, М.М. Мельник, О.І. Оксенюк, Т.В. Паєнтко, В.Ф. Роль, О.М. Скибіцький А.В. Скрипник, А.М.Соколовська. Водночас, не применшуючи значення цих та багатьох інших досліджень, зазначимо, що у зв'язку з тим, що обрана тематика безпосередньо залежить від етапу розвитку суспільних відносин, її дослідження залишається актуальним.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб визначити основні детермінанти в питанні співвідношення прямих та непрямих податків та провести аналіз переваг та недоліків непрямой форми оподаткування.

Виклад основного матеріалу. Детермінанти співвідношення податкової структури можна розділити на фактори «попиту» і «пропозиції». Під факторами попиту ми маємо на увазі ті, які підвищують рівень певних податків або загальний рівень оподаткування внаслідок преференцій або загальних бюджетних обмежень державного сектору; якщо бажано більше суспільних благ та послуг, потрібно буде збільшити більше податків на приватний дохід. Фактори пропозиції представляють ті, що сприяють стягненню певних податків або всіх податків загалом, таких як наявність податкових основ або «податкових регуляторів», а також інституційні та структурні особливості, що сприяють адмініструванню та застосуванню податків.

Серед факторів попиту ми виділяємо кілька перших форм «ефекту масштабу». Співвідношення розміру загального доходу до ВВП показує, яка кількість уряду є необхідною для конкретного суспільства. У міру збільшення кількісного розміру урядових структур, ймовірно, більшість або всі категорії доходів (вимірювані як частка ВВП) потребуватимуть зростання, але немає чітких причин, чому прямі або непрямі податки повинні зростати швидше. Існують також додаткові ефекти масштабу, пов'язані з розміром країни, яка вимірюється чисельністю населення, і ступенем децентралізації в країні. Велика чисельність населення і, отже, велика завантаженість можуть привести до більш високого рівня податків, а з децентралізацією консолідований державний сектор також, ймовірно, стане більше. Обидва ці фактори, ймовірно, приведуть до більш інтенсивного використання різних податкових джерел, але без чіткої апріорної конкретизації для більш широкого використання прямих або непрямих податків. Інший фактор попиту – це «політичні уподобання». Наприклад, репресивні режими можуть відмовлятися від податків, які потребують більш високого рівня співпраці з громадянами або добровільного дотримання, таких, як прибутковий податок; з протилежних причин більш демократичні режими можуть звернутися до цих видів податків. Таким чином, ми можемо очікувати, що більш високий ступінь демократичних свобод може привести до більш якісного співвідношення прямих і непрямих податків. Але політичне забарвлення демократичних режимів може також вплинути на співвідношення прямого і непрямго оподаткування. Ми погоджуємося з позицією американських вчених Л.В. Кенні та С.Л. Віннер, які в ході свого дослідження виявили, що соціалістичні уряди замінили корпоративні податки на товари і послуги, що не дає чіткого прогнозу з точки зору прямих податків порівнянні з непрямыми¹. Іншим важливим політичним фактором можуть бути колективні переваги щодо перерозподілу і в цілому більш справедливих суспільств. Ми можемо припустити, що «перерозподіл» – це нормальний або

навіть кращий товар з позитивною еластичністю доходу або вище одиниці; в такому випадку змінний дохід на душу населення може врахувати цей ефект.

Переходячи до «факторів пропозиції», нам необхідно визначити особливості, які спрощують (ускладнюють) отримання податкових надходжень з різних джерел. У списку є ті, які називають «ефектами податкової бази». Це означає, що країни будуть залучені до використання податків, для яких доступні відносно великі податкові бази. Наприклад, основні нафтовидобувні країни можуть мати більшу частку неподаткових доходів, а також легкий доступ до додаткових доходів через корпоративний прибутковий податок за рахунок прибутку від розробки нафтових запасів. У цьому випадку ми могли б очікувати, що значимість видобутку нафти в країні буде пов'язана з більш високим співвідношенням прямого оподаткування до непрямого. Точно так більш високе співвідношення прямого і непрямого оподаткування може бути отримано за рахунок відносно більшої податкової бази з прибуткового податку з населення (вимірюваному як реальний ВВП на одного працівника) і податків на заробітну плату. Разом із тим податки на вітчизняні товари і послуги мають ширшу базу в формальному секторі у країнах, в яких більше людей проживає у міських районах. Це може привести до зниження співвідношення прямих і непрямих податків. Точно так країни з більш відкритою економікою будуть схильні більше покладатися на торговельні та інші непрямі податки, враховуючи більш легкий збір ПДВ і акцизів в пунктах митного контролю.

Ще одна помітна тенденція – зниження відносної значущості митних податків, особливо в країнах, що розвиваються. Протягом багатьох десятиліть стандартна рекомендація МВФ, Світового банку та багатьох інших джерел для країн, що розвиваються, полягала в тому, щоб сприяти лібералізації торгівлі шляхом проведення нейтральної з точки зору доходів реформи, яка знижує митний тариф і підвищуючи податки на внутрішнє споживання, в основному ПДВ.

Додатково до факторів пропозиції варто віднести «адміністративні витрати», включаючи, серед іншого, можливість надавати послуги платникам податків і проводити заходи щодо забезпечення дотримання податкового законодавства. Урбанізація може відображати вплив адміністративних витрат на податкову структуру. Через більш високу щільність населення в міських районах моніторинг дотримання податкового законодавства може стати менш дорогим, що означає в цілому більш високе дотримання податкових вимог. Однак вплив урбанізації на дотримання податкових вимог може бути більш складним. Оскільки люди живуть недалеко від своїх сусідів у міських поселеннях, неформальні угоди стають більш здійсненними, що, в свою чергу, матиме тенденцію до скорочення податкових зборів як непрямих, так і прямих податків.

Таким чином, набір спостережуваних характеристик «попиту» і «пропозиції», які ми включаємо як детермінанти для аналізу якості податкової системи, виглядає наступним чином:

1. Фактори «попиту»:

- співвідношення загальних доходів (включаючи податкові та неподаткові) до ВВП;
- форма державного устрою країни;

– децентралізація витрат, що розраховується як відношення державних і місцевих видатків до загальних витрат;

- індекс демократії;

- форма політичного режиму та політичного спрямування правлячої партії в уряді.

2. Фактори «пропозиції»:

- видобуток вітчизняних природних копалин;
- відсоток працездатного населення;
- відкритість торгівлі, що вимірюється як відношення імпорту плюс експорт до ВВП;
- частка сільського господарства у ВВП;
- індекс глобалізації;
- відсоток міського населення.

У своєму дослідженні Х. Мартінес-Васкес, В. Вулович, Й. Лю допустили ендогенність деяких детермінантів. Пропонуємо розглянути можливість ендогенного середовища деяких визначених нами детермінантів (факторів як «попиту», так і «пропозиції»). Наприклад, що стосується розміру населення, проаналізовані для даної роботи дані свідчать про те, що країни з меншим населенням мають відносно мобільну податкову базу, і в результаті вони відносно менше покладаються на корпоративний та особистий прибутковий податок, ніж інші країни. Замість цього ці країни більше покладаються на податки на витрати, податок на товари і послуги та імпортні тарифи. Наші результати повністю підтверджують попередні висновки².

Значні результати для фіктивної змінної федеральної структури припускають, що країни з федеративним режимом більшою мірою покладаються на пряме оподаткування. Крім того, ступінь децентралізації видатків у середньому здається незначним при ухваленні рішення про структуру податків, але коли ми спостерігаємо окремо розвинені країни, то виявляємо, що децентралізація витрат є значимим показником для вирахування негативних показників для розвинених країн і позитивних – для розвинених країн. Але врахуйте, що економічний ефект в обох випадках досить невеликий.

Що стосується факторів, які представляють політичний уподобання, ми виявляємо, що в середньому більш широка демократія передбачає більш високе співвідношення прямих і непрямих податків; однак для підвибірок коефіцієнт для розвинених країн також є значним, але приймає несподіваний негативний знак. Ми не знаходимо свідчень того, що країни, які перебувають на перехідному етапі від соціалізму, як правило,

демонструють помітну залежність від прямих або непрямих податків. Коефіцієнти ВВП на душу населення не є статистично значущими, за винятком країн, що розвиваються, які приймають негативний знак.

Що стосується пропозиції, вплив глобалізації на співвідношення податків представляється статистично значущим і негативним, що узгоджується з поширеною гіпотезою про те, що з ростом глобалізації всі країни стають невеликими відкритими економіками, які змушені знижувати свою залежність від прямих податків порівняно з іншими країнами, по відношенню до непрямих податків. Крім того, відповідно до очікувань, податки на вітчизняні товари і послуги більш важливі у країнах, в яких більше людей проживає в міських районах.

Наші результати свідчать про дуже значний негативний і стійкий вплив урбанізації, нашого замітника внутрішньої бази непрямого оподаткування, на поєднання прямих і непрямих податків. Нарешті, більш освічене населення може полегшити введення податків, таких як прибутковий податок з населення, які вимагають більшого вміння заповнювати складні податкові форми. Наші результати показують, що підвищення рівня освіти призводить до більшої залежності від прямих податків. Цей результат досить стійкий для альтернативних специфікацій.

Якщо брати за детермінант вплив на розвиток економіки держави, то прямі податки зазвичай асоціюються із стимулами і антистимулами зайняття підприємницькою діяльністю та для трудової діяльності в цілому, а непрямі – з величиною (розміром) цін. Звідси можемо дійти висновку, що вплив непрямих податків на ціни прямо пропорційно залежить від обсягу вироблених на території країни товарів та від того, яка ставка непрямих податків. Дослідження економістів свідчать про те, що введення непрямих податків або збільшення їх ставок може привести до підвищення загального рівня цін в країні, навіть при незмінності всіх основних економічних факторів. Тому, якщо орієнтуватися на зарубіжний досвід, непрямі податки слід вводити лише в період економічної стабільності.

Висновки. Податкова система більшості країн світу, в тому числі й України, будується на сполученні між прямими та непрямыми податками. Однак слід розуміти, що ефективна модель співвідношення прямих та непрямих податків є питанням відносним і залежить від великої кількості факторів або детермінантів. І універсальної моделі, яка однаково б підходила для будь-якої держави, не існує, адже те, що добре для невеликої територіально монархії – зовсім не підійде для великої республіки і навпаки. Тому для ефективного використання механізму оподаткування, податкова система повинна бути розроблена з орієнтуванням на особливості та специфіку кожної окремої держави.

¹ Kenny L.V, Winner S.L Tax systems in the world: an empirical study of the importance of tax bases, administrative costs, scale and political regime. *International tax and public finance*. 2006. № 13 (2). P. 181–215. P. 184.

² Martinez-Vazquez H., Vulovic W., Liu J. Directly against indirect taxation: trends, theory and economic significance in Emilio Albi and Jorge Martinez-Vazquez. Edward Elgar Publishing House, Cheltenham. 2011. 92 p. P. 32.

Резюме

Когут М.Г. Співвідношення прямих та непрямих податків: основні детермінанти.

У статті представлено дослідження основних показників, які характеризують ефективність співвідношення прямих та непрямих податків у податковій системі загалом. Здійснено спробу виділити основні показники «попиту» і «пропозиції» для застосування різних видів податку та проаналізовано допустимість застосування універсальної моделі співвідношення прямих та непрямих податків в системі оподаткування держави. Встановлено ключові фактори попиту та пропозиції як для прямих, так і для непрямих податків. Також здійснено спробу спростувати загальноприйнятую гіпотезу, що у зв'язку з глобалізаційними процесами країни зі слабкою економікою змушені використовувати більшою мірою саме прямі податки; запропонована теза, що співвідношення не може залежати виключно від рівня розвитку економіки.

Ключові слова: прямі податки, непрямі податки, податкова система, детермінанти ефективності оподаткування.

Резюме

Когут М.Г. Соотношение прямых и косвенных налогов: основные детерминанты.

В статье представлено исследование основных показателей, характеризующих эффективность соотношения прямых и косвенных налогов в налоговой системе в целом. Предпринята попытка выделить основные показатели «спроса» и «предложения» для применения различных видов налога и проанализированы допустимость применения универсальной модели соотношения прямых и косвенных налогов в системе налогообложения государства. Установлены ключевые факторы спроса и предложения как для прямых, так и косвенных налогов. Также осуществлена попытка опровергнуть общепринятую гипотезу, что в связи с глобализационными процессами, страны со слабой экономикой вынуждены использовать в большей степени именно прямые налоги; представлены разъяснения, что соотношение может зависеть исключительно от уровня развития экономики.

Ключевые слова: прямые налоги, косвенные налоги, налоговая система, детерминанты эффективности налогообложения.

Summary

Maryna Kohut. The ratio of direct and indirect taxes: the main determinants.

The article presents a study of the main indicators that characterize the effectiveness of the ratio of direct and indirect taxes in the tax system as a whole. An attempt is made to identify the main indicators of “demand” and “supply” for the application of different types of tax and analyzed the admissibility of a universal model of the ratio of direct and indirect taxes in the state tax system. The key factors of supply and demand for both direct and indirect taxes have been identified. An attempt was also made to refute the generally

accepted hypothesis that, due to globalization processes, countries with weaker economies are forced to use more direct taxes, and it is explained that the ratio cannot depend solely on the level of economic development.

The functioning of the state at the appropriate level in all areas depends on financial stability and budget. The study of budget revenue sources is always a topical issue, given that modern society is characterized by high dynamism in all areas and in order to meet the requirements of the time, countries need to bring into line with reality and all issues related to the financial sector. Taxes are a key element in filling the budget. However, the question of their effective application requires a clear understanding of the essence of direct and indirect taxes and the main elements of their relationship.

The determinants of the ratio of the tax structure can be divided into factors of “demand” and “supply”. By demand factors we mean factors that increase the level of certain taxes or the general level of taxation due to benefits (privileges) or general budget constraints of the public sector, for example, if there is a need to increase the number of public goods and services (to which a special tax rate applies), it will be necessary to raise taxes on private income.

The tax system of most countries, including Ukraine, is based on the combination of direct and indirect taxes. However, it should be understood that an effective model of the ratio of direct and indirect taxes is a relative issue and depends on a large number of factors or determinants. And a universal model that would be equally suitable for any state does not exist, because what is good for a small territorial monarchy is not suitable for a large republic and vice versa. Therefore, for the effective use of the taxation mechanism, the tax system must be developed with a focus on the specifics and specifics of each state.

Key words: direct taxes, indirect taxes, tax system, determinants of tax efficiency.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.35

УДК 342.951.369.07 (477)

В.В. КРАВЕЦЬ

*Вікторія Вікторівна Кравець, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0003-3673-4850

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПЕРВИННИХ ІСТОРИЧНИХ ЕТАПІВ ЗАРОДЖЕННЯ, СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ СФЕРИ МЕДИЧНОГО ОБСЛУГОВУВАННЯ НАСЕЛЕННЯ

Постановка проблеми. Генезис становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення сягає часів сивої давнини та пройшов досить складний і тернистий шлях. Саме тому назріла необхідність у ґрунтовному дослідженні представленої сфери. Безпосередньо історичний розвиток цієї сфери сформує сучасні бачення, судження щодо виявлених проблем її розвитку, здійснить прогнозування науково-практичних завдань та їх реалізацію на основі здобутого досвіду у результаті національних особливостей і переданих здобутків української спадщини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У правовій науці проблематику генезису розвитку сфери медичного обслуговування населення досліджували такі науковці, як М. Білинська, Н. Ветютнева, Н. Волк, З. Гладун, С. Убогов, Т. Коломоєць, О. Кузьменко, В. Колпаков, Г. Пилипенко, Я. Радиш, А. Радченко, М. Римар, О. Стрельченко, С. Стеценко, Л. Федорова та інші. Разом із тим ця сфера досліджена досить мало, їй приділено недостатньо уваги, адже сформовані лише фрагментарно історичні періоди розвитку сфери медичного обслуговування населення. Саме це підтверджує доцільність та своєчасність в обранні теми дослідження, яка є актуальною під час проведення сучасних реформ.

Формулювання мети статті. Метою цієї статті є ґрунтовне дослідження історичних етапів зародження, становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення, а саме: Первісного періоду та Києво-Руського періоду історичного розвитку.

Виклад основного матеріалу. Дослідження генезису становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення надасть можливість пізнати його глибинну сутність, значущість та безпосередньо передбачити найімовірніші тенденції розвитку майбутнього та прогнозованого медичного обслуговування населення. Розуміння сучасних проблем і прогнозування їх наукового і практичного вирішення повинні не тільки опиратися на здобутий досвід у сфері медичного обслуговування населення, а й враховувати національно-історичні особливості й попередню спадщину України¹.

На різних етапах суспільно-економічних формацій становлення та розвитку зазначеної сфери є історією тривалих і героїчних зусиль людства, які спрямовані на якісне медичне обслуговування населення через надання медичної допомоги з метою профілактики захворювань та їх лікування. Витоки становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення на теренах України бере свій початок практично від початку людства до сьогодні^{2,3}. Разом із тим зазначимо, що саме з розвитком загальної вітчизняної історії розвивається і сфера медичного обслуговування населення.

© В.В. Кравець, 2020

* *Victoria Kravets, Adjunct of the National Academy of Internal Affairs*

Найменш дослідженим аспектом на сьогоднішній день є проблема медичного обслуговування населення. Принаймні, у різні епохи якоюсь мірою мали місце спроби впровадження медичного обслуговування населення.

Коли виникла сфера медичного обслуговування населення та її зародки – цілковито невідомо. Існує безліч думок, припущень та теорій із цього приводу.

Існує така версія, що сфера медичного обслуговування населення виникла одночасно із виникненням людства, тобто за кілька сотень тисяч років до нашої ери. І.П. Павлов із цього приводу зазначав, що медичне обслуговування є ровесницею першої людини.

Сфера медичного обслуговування населення як галузь людської діяльності та культури поєднує в собі досвід різних народів світу, які й нині роблять свій внесок у її становлення та розвиток. Також вони забезпечують міжнародну співпрацю в зазначеній сфері.

Генезис сфери медичного обслуговування населення викликає розвиток медичної діяльності та медичних знань у нерозривному взаємозв'язку з розвитком та зміною суспільно-економічних відносин та, відповідно, із загальною історією усіх народів світу. Історія розвитку сфери медичного обслуговування населення демонструє, як у процесі трудової діяльності людей виникали, розвивалися та удосконалювалися практичні навички щодо медичного обслуговування населення в частині профілактики, визнання та лікування різноманітних хвороб, а також збереження здоров'я населення через усвідомлення сутності й причин виникнення захворювань.

Розвиток сфери медичного обслуговування населення в Україні на різних етапах суспільно-економічних формацій є історією тривалих і героїчних зусиль людства, які спрямовані на знаходження й вдосконалення засобів обслуговування населення щодо якісного профілактики захворювань та лікування хворих. Історія сфери медичного обслуговування населення на теренах України бере свій відлік практично від початку письмової цивілізації на національно-етнічній території, тобто ще за доби Київської Русі.

М.Л. Сятиня наголошує, що в загальній історії людства медичне обслуговування населення визначається як справа, що є однією з невід'ємних складових історико-цивілізаційних епох – первіснообщинної, рабовласницької, феодальної, капіталістичної, а в сучасному постіндустріальному суспільстві та за умов банківського капіталу, цифрових та інтернет-технологій розвитку суспільства⁴.

У своєрідних соціально-економічних умовах історична періодизація становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення потребує дослідження.

Із зазначеного вище необхідно визначити періодизацію історії медицини в Україні, яку доцільно представити у вигляді її систематизації та сформулювати її етапи, а саме: первісний етап (600 млн років тому – до XII–VI тис. до н. е.); етап Київської Русі (IX ст. – до XIII ст.); польсько-литовський етап (включаючи козацьку державність) (XIV ст. – до першої половини XVII ст.); імперський етап (включає правління Петра I, Катерини II та Миколи II (XVIII ст. – до XIX ст.); радянський етап (XX ст.); етап української самостійності (друга половина XX ст.); етап сучасної України (початок XXI ст. – донині).

Сформулювавши періоди генезису становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення, вважаємо за необхідне здійснити їх ґрунтовну характеристику. У цій статті зупинимося лише на первісному етапі та етапі Київської Русі.

Таким чином, первісний етап (600 млн років тому – до XII–VI тис. до н. е.) визначається досить цікавими історичними фактами розвитку сфери медичного обслуговування населення. Із встановлених часових меж зазначеного етапу стає зрозумілим, що медичне обслуговування населення своїм історичним корінням сягає глибокої давнини. Спогади про медичне обслуговування населення, через надання допомоги у вигляді застосування різного роду лікарських засобів, свіжих рослин та олій визначено ще у працях таких дослідників, як Гіппократ, Діоскорид, Гален, Авіцен, Парацельс тощо.

У сфері медичного обслуговування населення на цьому етапі закріплювалися й розвивалися традиційні навички, прийоми та способи лікування, збільшувалася кількість лікарських засобів, виготовлялися інструменти для надання медичної допомоги із металу (міді, бронзи, заліза тощо). Розпочато розвиток надання медичної допомоги пораненому населенню під час військових дій, які стали виникати досить часто. Почали застосовуватися оперативні методи лікування, такі як ритуальне обрізання під час ініціації (обряд, який знаменує перехід індивідуума на новий щабель розвитку в рамках будь-якої суспільної групи або містичного суспільства), ампутація кінцівок, а також кесарський розтин, який проводився під дією бананового вина (замість снодійного засобу).

У цей період за допомогою емпіричних методів дослідження було сформульовано основні властивості лікарських засобів рослинного походження, а також розподілено їх за механізмом дії на організм людини під час надання медичної допомоги населенню на: наркотичні, до яких віднесено мак, тютюн, коноплю; тонізуючі – женьшень, лимонник та збуджуючої дії – кока тощо.

У досліджуваній період під час надання медичної допомоги населенню застосовувалася лікарська магія, яка сформувалася на тлі теоретичних та практичних знань і навичок первісного медичного обслуговування, яке було зароджено ще на «зорі» розвитку історії людства задовго до виникнення культових церемоній та звичаїв. Відповідно культові церемонії медичного обслуговування були вторинним, а практика та емпіричний досвід стали тією основою, із якої зародилися основи медичне обслуговування населення в цілому.

Під час медичного обслуговування населення первісні лікарі застосовували з лікувальною метою прийоми оперативного лікування, а саме: обробляли відкриті рани ліками рослинного, мінерального та тваринного походження; використовували «шини» при переломах; впроваджували методи кровопускання.

Саме у цей період відбувається прогрес у використанні засобів виробництва і споживання: людина готує ліки, застосовуючи самородні метали – мідь, олово, свинець, срібло, золото, а потім починає виплавляти їх. Люди досліджують дію рослин на тваринах. У цей період виникла варіоляція – втирання вмісту віспяних папул корі в тіло людини, що призводило до підвищення імунітету з метою запобігання захворюванню⁵.

Продовжувалося пізнання та дослідження великої кількості лікарських рослин та їх цілющих властивостей. Під час медичного обслуговування з метою лікування застосовувалися ароматичні смоли тропічних дерев⁶.

У зазначений період почало запроваджуватись бальзамування при розтині трупів, унаслідок чого почали формуватися певні анатомічні уявлення. Саме в цей час в Україні для знеболювання почали використовувати такий лікарський засіб, як опій^{7,8}. Також під час медичного обслуговування населення з лікувальною метою використовували воду, яка за природними віруваннями слов'ян була найвеличнішим даром.

На цей етап значно вплинув позитивний досвід Вавилону, Єгипту, Індії, Китаю та Греції. Саме в цих державах з'явилися перші тексти щодо медичного обслуговування; сформувалося два напрями медичного обслуговування населення, перший із яких заснований на практичному досвіді населення, а другий – на релігійних віросповіданнях.

Відбувався розвиток теорій про генезис захворювань, які були пов'язані з природою, морально-етичного та релігійно-містичного походження.

Здійснювалася підготовка лікарів, що полягала в сімейних традиціях та навчанні при школах та храмах. Відбувалося створення первісних санітарно-технічних споруд, де запроваджували первинні санітарно-гігієнічні навички.

У цей період відбувається розвиток класового підходу до медичного обслуговування населення та формуються основи лікарської етики тощо.

Разом із тим, емпіричні знання первісних так званих лікарів набувалися під час практичного досвіду та були досить обмеженими. На методи та прийоми лікування як складової частини медичного обслуговування населення того часу впливали такі релігійні напрями, як «тотеїзм», «фетишизм», «анімізм», магія тощо⁹.

Вагомий вплив на сферу медичного обслуговування населення мав етап Київської Русі (IX–XIII ст.), який характеризується активним розвитком сфери медичного обслуговування населення.

Сфера медичного обслуговування населення була досить розвинена і не відставала від загальнолюдських середньовічних канонів¹⁰. У зазначений період активно розвивалися народна медицина та народне цілителство, що використовувалися під час медичного обслуговування населення. Народних лікарів у той час називали «лечцями». Про них було описано у «Руській правді», де встановлювалася їхня оплата праці. Власних лікарів мали князівські двори, а при монастирях створювалися власні «богадільні».

У період Київської Русі існувало три основні типи медичного обслуговування населення: народного язичницького; міського світського ремісничого; монастирського.

Визначальну роль в історії українського медичного обслуговування населення відіграв Києво-Печерський монастир, у якому служили ченці, які прийшли з Афонської гори та принесли з собою лікарські знання.

Одним із таких ченців був Антоній Преподобний, засновник Києво-Печерського монастиря, який багато років провів в Афонському монастирі, де й засвоїв знання щодо медичного обслуговування населення. Монастирська хроніка згадує його як такого, хто особисто доглядав хворих, лікував, давав їм «вкусати» цілюще «зілля». Служінням ближньому преподобний Антоній здобув палку любов не тільки простого люду, а й князів. Так, вилікувавшись в Антонія, великий князь київський Ізяслав подарував обителі гору над печерами, «ігумен же і братія заклала церков велику і монастир... І відтоді почав зватися Печерський монастир...»¹¹.

Набуті медичні знання та практичні навички у стінах Києво-Печерського монастиря її ченці розповсюджували на сусідні землі через заснування там монастирів, у яких вони поширювали медичне обслуговування населення.

Перші на Русі лікарні були відкриті при монастирях у Переяславі та Києві, згодом – у Новгороді, Смоленську, Львові. Жоден монастир на Русі не будувався без «шпитальних палат». Монастирські лікарні перетворювались на військові шпитали під час воєнних дій, облоги міст, на карантинні лікарні – під час епідемій.

Медичне обслуговування населення в монастирських лікарнях полягало в застосуванні цілющих трав та мазей. У монастирських общинах хворі отримували регулярне харчування, чистий одяг, промивання ран та добре заспокійливе слово. Лікування супроводжувалось релігійними обрядами.

Медичне обслуговування населення за часів Київської Русі включало в себе хірургічний, ортопедичний та терапевтичний напрями. Хірургічний був найважливішим у процесі практичного медичного обслуговування населення. Його вагомість була зумовлена частими війнами і побутовими травмами. В XI ст. найпоширенішим видом хірургічного втручання була ампутація кінцівок, при цьому «різальник» мав домогтися безгнійного загоєння ран з ледь помітним шрамом¹².

Під час медичного обслуговування населення з лікувальною метою застосовувалися рослинні лікарські засоби, засоби тваринного походження. Разом із тим, із лікувальною метою застосовували і такі мінеральні засоби, як оцет, мідний та залізний купорос, селітру, сірку, скипидар, миш'як, срібло, ртуть тощо.

Вагомий внесок у сферу медичного обслуговування населення зробив Святий Аліпій Іконник. Свою основну професію іконописця він вдало поєднував із лікуванням, використовуючи як лікарські засоби фарби, котрим писав ікони¹³.

Усі здобуті знання народними лікарями передавалися у спадок від батька до сина за допомогою «родинних шкіл».

Також відповідно до тогочасних законів, людина, яка нанесла збиток здоров'ю іншій людині, повинна була сплачувати штраф у державну скарбницю і видавати постраждалій особі гроші на її лікування.

Необхідно зазначити, що в період Київської Русі медичне обслуговування населення не було монастирською монополією, поряд із нею існувала також і народна медицина. Разом із тим язичницькі лікарі, які займалися ворожінням та чаклуванням, визнавалися служителями диявола та підлягали переслідуванням.

Висновки. Отже, основними особливостями первісного етапу становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення є таке: 1) розпочинається застосування при наданні медичної допомоги рослинних лікарських засобів; 2) відбувається застосування лікарських засобів, у яких визначено механізм дії на організм людини, а саме: наркотичний вплив, збуджуючий вплив, тонізуючий вплив тощо; 3) відбувається застосування магії під час надання медичної допомоги, яка виникла як результат емпіричних досліджень. Відповідно, основними особливостями етапу Київської Русі становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення є: 1) розвиток язичницького напрямку лікування; 2) активний розвиток та впровадження монастирського напрямку лікування; 3) застосування народної медицини при лікуванні хворих; 4) поширення знань та практичних навичок ченцями Києво-Печерської лаври на сусідні землі; 5) впровадження монастирських лікарень, де ченці проявляли гуманність до хворих аж до самопожертви; 6) монастирі ставали центрами культури та просвітництва; 7) відбувалося виокремлення таких напрямів медичного обслуговування населення, як хірургічний, ортопедичний та терапевтичний тощо.

¹ Клименко О.В., Патратій О.В. Історія розвитку правового регулювання фінансування медичних послуг на теренах України (дорядянський період). *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Вип. 4(25). Т. 1. С. 16–20. С. 16.

² Сятиня В.А. Наукове обґрунтування форм та методів інформаційно-рекламної діяльності при просуванні ліків на фармацевтичному ринку України : дис. ... канд. фарм. наук : 15.00.01 / Національна медична академія післядипломної освіти імені П.Л. Шупика. Київ, 2009. 141 с.

³ Сятиня М.Л. Історія фармації / відп. ред. О.П. Реєнт. Львів: Вид-во «Місіонер», 2001. 660 с.

⁴ Сятиня М.Л. Історія фармації / відп. ред. О.П. Реєнт. Львів: Вид-во «Місіонер», 2001. 660 с. С. 234.

⁵ Бородулін Ф.Р. Історія медицини. Избранные лекции. Москва: МЕДГИЗ, 1961. 254 с. С. 46.

⁶ Сятиня М.Л. Історія фармації / відп. ред. О.П. Реєнт. Львів: Вид-во «Місіонер», 2001. 660 с. С. 237.

⁷ Публічне адміністрування у сфері обігу лікарських засобів : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Дніпро. 2019. 529 с. С. 69.

⁸ Стрельченко О.Г. Періодизація розвитку сфери обігу лікарських засобів. *Правова система України: сучасні тенденції та фактори розвитку* : матеріали міжнародної наук.-практ. конференції (м. Запоріжжя, 23–24 березня 2018 р.). Запоріжжя: Запорізька міська громадська організація «Істина», 2018. С. 83–85. С. 84.

⁹ Демешук А.В. Джерела вивчення історії первісного суспільства. URL : <https://kuprienko.info/demeshhuk-a-v-dzherelavivchennya-istoriyi-pervisnogo-suspilstva/>

¹⁰ Горелова Л. Монастирська медицина Русі. *Aganım*. 1996. № 4. С. 15–18.

¹¹ Жуковская Л.П., Костюхина Л.М., Шульгина Э.В. Подстрочный перевод названий глав и пагинация Изборника Святослава. *Изборник Святослава 1073 года*. Научный аппарат факсимильного издания. Москва, 1983. 79 с.

¹² Горелова Л. Лекарства Древней Руси. *Лики і здоров'я*. 1995. № 22. С. 4.

¹³ Там само.

Резюме

Кравець В.В. Адміністративно-правова характеристика первинних історичних етапів зародження, становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення.

Стаття присвячена доктринальному дослідженню генезису зародження, становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення, в результаті чого відбуватиметься вивчення традицій, звичаїв, що передавалися із покоління в покоління.

Зроблено висновок, у якому виокремлено основні особливості становлення та розвитку сфери медичного обслуговування населення. До таких слід віднести: розвиток язичницького та монастирського напрямку; застосування народної медицини при лікуванні хворих; виокремлення таких напрямів медичного обслуговування населення, як хірургічний, ортопедичний та терапевтичний.

Ключові слова: обслуговування, медичне обслуговування, генезис, становлення, розвиток.

Резюме

Кравець В.В. Административно-правовая характеристика первичных исторических этапов зарождения, становления и развития сферы медицинского обслуживания населения.

Статья посвящена доктринальному исследованию генезиса зарождения, становления и развития сферы медицинского обслуживания населения, в результате чего будет происходить изучение традиций, обычаев, передающихся из поколения в поколение.

Сделан вывод, в котором выделены основные особенности становления и развития сферы медицинского обслуживания населения. К таким следует отнести: развитие языческого и монастырского направлений; применение народной медицины при лечении больных; выделение таких направлений медицинского обслуживания населения, как хирургический, ортопедический и терапевтический.

Ключевые слова: обслуживание, медицинское обслуживание, генезис, становление, развитие.

Summary

Viktoriya Kravets. Administrative and legal characteristics of the primary historical stages of origin, formation and development of medical care.

This article is devoted to the doctrinal study of the genesis of the origin, formation and development of health care, resulting in a study of traditions, customs that have been passed down from generation to generation.

The periodization of the history of medicine in Ukraine is formed, which is expediently presented in the form of its systematization and to formulate its stages, namely: the initial stage (600 million years ago to the XII-VI millennium BC); stage of Kievan Rus (IX century to XIII century); Polish-Lithuanian stage (including Cossack statehood) (XIV to the first half of the XVII century); The imperial stage (includes the reigns of Peter I, Catherine II and Nicholas II) (XVIII – to the XIX century), the Soviet stage (XX century), the stage of Ukrainian independence (second half of the XX century), the stage of Modern Ukraine (early XXI century – to this day).

Also, it was concluded that the main features of the “Initial stage” of the formation and development of medical care are: 1) begins to be used in the provision of medical care herbal medicines; 2) there is a use of drugs that determine the mechanism of action on the human body, namely: narcotic effects, stimulant effects, tonic effects, etc.; 3) the use of magic in the provision of medical care, which arose as a result of empirical research. Accordingly, the main features of the “stage of Kievan Rus” formation and development of medical care are: 1) the development of pagan treatment; 2) active development and implementation of the monastic direction of treatment; 3) the use of folk medicine in the treatment of patients; 4) dissemination of knowledge and practical skills by monks of the Kiev-Pechersk Lavra to neighboring lands; 5) the introduction of monastic hospitals, where monks were so humane to the sick to the point of self-sacrifice; 6) monasteries became centers of culture and education; 7) there was a separation of such areas of medical care as surgical, orthopedic and therapeutic, etc.

Key words: service, medical service, genesis, formation, development.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.36

УДК 342.9

М.В. ПЛЕСКАЧ

*Марія Василівна Плескач, аспірантка Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0003-3296-5475

СУТНІСТЬ ПОНЯТТЯ ТА ОСНОВНІ ЕЛЕМЕНТИ МЕХАНІЗМУ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КІБЕРНЕТИЧНОЇ БЕЗПЕКИ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Створення належних умов для використання людиною інформаційно-комунікаційних та цифрових технологій, ефективного захисту її прав, інтересів та свобод у кібернетичному просторі є складним завданням без застосування дієвого механізму адміністративно-правового забезпечення. Поточні показники України у таких міжнародних рейтингах, як-от: Глобальному індексі кібербезпеки (Global Cybersecurity Index); Національному індексі кібербезпеки (National Cybersecurity Index); Індексі розвитку інформаційно-комунікаційних технологій (ICT Development Index) свідчать, що попри зроблені важливі кроки у напрямі вдосконалення механізму адміністративно-правового забезпечення кібербезпеки, нині він залишається не надто ефективним порівняно з механізмами таких розвинених країн, як Великобританія, США, Франція, Литва, Естонія, Сінгапур, Норвегія та Канада. З огляду на це існує потреба в дослідженні можливих напрямів удосконалення національного механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки, передусім людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти правового забезпечення кібернетичної безпеки людини досліджуються вітчизняними та зарубіжними вченими-правознавцями. Наприклад, вказана сфера є предметом наукових пошуків таких зарубіжних вчених: Рольфа Х. Вебера (Rolf H. Weber), праці якого висвітлюють нові парадигми безпеки та правового регулювання, що спричинені невпинним проникненням технологій у повсякденне життя людини¹; Рональда Дж. Дейберта (Ronald J. Deibert), який у своїх дослідженнях акцентує увагу на важливості надання пріоритету людині у питаннях забезпечення кібернетичної безпеки. Основні елементи орієнтованого на людину підходу до кібербезпеки окреслені та протиставлені у його працях переважаючим тенденціям щодо практик, орієнтованих на національну (державну) безпеку².

Дослідження українських науковців також присвячені вивченню проблем правового забезпечення кібернетичної безпеки людини. Так, у наукових роботах О.А. Заярного висвітлюються методологічні проблеми запобігання адміністративним інформаційним правопорушенням (що є важливим інструментом публічного адміністрування) у цій сфері³; О.О. Золотар, яка висвітлює правові основи інформаційної безпеки людини⁴; В.А. Омельчука, який робить акцент на правових аспектах протидії булінгу (як одного із аспектів кібербезпеки, а відтак національної безпеки)⁵; А.В. Тарасюка, який розкриває методологічні підходи до вивчення проблеми безпеки людини в кіберпросторі⁶; О.В. Олійника, який досліджує вказану проблематику,

© М.В. Плескач, 2020

* *Mariia Pleskach, Postgraduate student of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

але у контексті зарубіжного досвіду⁷; Я.Я. Мельника, який розглядає феномен «безпеки» у приватноправових відносинах, зокрема його місце в цивільних процесуальних категоріях «інтерес», «свобода», «право», «обов'язок» та «відповідальність», і які є найбільш дотичними до людини⁸.

Аналіз останніх досліджень і публікацій дає змогу стверджувати про те, що нині науковці надають перевагу вивченню проблематики, орієнтованої на правове забезпечення національної (державної) кібернетичної безпеки, не приділяючи значної уваги проблемам адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини, а відтак і розробці відповідного правового механізму.

Формулювання мети статті. Метою цього дослідження є розкриття змісту поняття «механізм адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини», його ознак, елементів (структури), а також виокремлення деяких напрямів удосконалення цього механізму із наданням відповідних практичних рекомендацій.

Виклад основного матеріалу. Для того, аби розкрити поняття «механізм адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини», його основні ознаки, а також основні елементи (структуру), застосовуючи метод аналізу, розглянемо первинні базові поняття, зокрема «механізм», яке першопочатково виникло в обігу окремої науки – механіки. Згодом розвиток наукового знання призвів до того, що це поняття було запозичено іншими науками і, зрештою, поширилось на юридичні знання. Так, під механізмом у найбільш загальному значенні розуміють певний спосіб зробити щось у межах певної системи⁹. Використання поняття «механізм» у науковому обігу виконує важливу методологічну функцію, адже організовує знання, сприяє кращому розумінню дійсності, відтворює явища в їх істотних ознаках¹⁰.

У правовій доктрині нині використовуються такі юридичні поняття, як-от: «механізм правового забезпечення», «механізм правового регулювання», «механізм адміністративно-правового забезпечення» тощо. Із аналізу наукових праць випливає, що нерідко «механізм правового забезпечення» та «механізм правового регулювання» ототожнюються. Наприклад, С.В. Діденко, розглядаючи поняття та елементи механізму адміністративно-правового забезпечення обігу та застосування зброї в Україні, зазначає, що у зв'язку з тим, що адміністративно-правове забезпечення обігу та застосування зброї полягає у виявленні й створенні адміністративних засад та інструментарію реалізації адміністративно-правових відносин у цій сфері, а також охороні та гарантуванні прав, свобод і законних інтересів суб'єктів цих відносин на основі правових норм, механізм адміністративно-правового забезпечення потрібно розглядати через призму правового регулювання та брати його за основу під час формування відповідних висновків¹¹.

У свою чергу І.О. Личенко поняття адміністративно-правового забезпечення (у контексті екологічної безпеки в Україні) розуміє як сукупність адміністративно-правових гарантій і діяльнісних засобів¹².

Вбачається, що подібне ототожнення призводить до надмірного звуження змісту поняття «правове забезпечення», а відтак і його механізму. Зазначимо, що між правовим забезпеченням та правовим регулюванням є відмінності, які виражаються у змісті, обсязі та структурних елементах. Цю позицію можемо довести через такі аргументи: по-перше, правове регулювання – це передусім здійснюваний за допомогою права і всієї сукупності правових засобів юридичний вплив на суспільні відносини¹³, а правове забезпечення – це складна диференційована єдність багатьох складників (суб'єктів, цілей, результатів, дій та операцій, засобів та способів здійснення такого забезпечення), які не лише функціонально взаємодіють, а й органічно поєднані між собою за допомогою мережі структурних, вертикальних, горизонтальних, координаційних, субординаційних, просторових, часових тощо відносин¹⁴. Незважаючи на те, що ці два поняття об'єднують у собі і процес творення правових норм, і їх реалізацію за допомогою спеціальних юридичних засобів, все ж обсяг поняття «правове регулювання» не містить таких компонентів, як забезпечувальні заходи (політико-правові, матеріально-технічні, організаційно-управлінські, кадрові, технологічні тощо), на відміну від поняття «правове забезпечення»¹⁴; по-друге, правове забезпечення та правове регулювання мають різні структурні елементи. Зокрема, на думку О.Ф. Скакун, до механізму правового регулювання входять такі елементи, обов'язкові на окремих його стадіях: принципи права, норми права, нетипові правові розпорядження (спеціалізовані норми права), об'єктивовані в нормативно-правових актах; правовідносини, суб'єктивні юридичні права і обов'язки в їх індивідуалізації (конкретизації); акти безпосередньої реалізації прав та обов'язків; акти застосування норм права¹⁵.

У свою чергу, до елементної бази механізму правового забезпечення (у контексті адміністративного права) входять: об'єкт адміністративно-правового забезпечення; суб'єкти адміністративно-правового забезпечення; принципи права, норми права, правовідносини, їх зміст, види, структура та особливості реалізації; гарантії, заходи, засоби форми, принципи та методи правового забезпечення¹⁶.

Виходячи із цих позицій, екстраполюємо вказані висновки на характеристику механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини. Предметом адміністративного права України є суспільні відносини, які виникають між суб'єктами публічної адміністрації та приватними особами, а за змістом предмет адміністративного права складається з надання адміністративних послуг і здійснення виконавчо-розпорядчої діяльності (публічного управління) адміністрацією¹⁷, адміністративно-правовим забезпеченням у найбільш загальному розумінні можна вважати систему заходів, які здійснюються з певною метою публічною адміністрацією¹⁸.

Отже, механізм адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини можна вважати узятю в єдності складну систему юридичних, організаційних, ідеологічних, технічних та інших заходів впливу, що здійснюється уповноваженими суб'єктами публічної адміністрації на суспільні відносини, які

виникають під час використання кібернетичного простору, з метою їх упорядкування, а також для забезпечення охорони й захисту життєво важливих інтересів, прав та свобод людини в цій сфері.

Структура механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини передусім залежить від того, що саме офіційно вважається кібернетичною безпекою в державі. Тобто широкий чи вузький підхід є превалюючим у розумінні цього поняття.

У цьому дослідженні вважаємо за доцільне взяти за основу широкий підхід розуміння поняття «кібернетична безпека», яка нині відповідно до ст. 1 Закону України «Про основні засади забезпечення кібернетичної безпеки України» розглядається як захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави під час використання кіберпростору, за якої забезпечуються сталий розвиток інформаційного суспільства та цифрового комунікативного середовища, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національній безпеці України у кіберпросторі.

Орієнтуючись на вищевказане визначення механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини, до його *основних елементів можна віднести*: нормативні засади механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини (принципи права, норми права); об'єкт адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини (правовідносини, їх зміст, види, структуру та особливості реалізації); суб'єктів адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини; засоби адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини.

Окресливши поняття, а також основні елементи механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини, доцільно розглянути його *нормативні засади* як один із важливих його елементів. Нормативні засади механізму правового забезпечення кібернетичної безпеки людини містяться як у галузях публічного, так і у галузях приватного права, зокрема у конституційному, адміністративному, кримінальному, цивільному праві. Тому, зважаючи на подвійну природу предмета інформаційного права, на нашу думку, нормативні засади механізму правового забезпечення варто розглядати комплексно, але при цьому враховувати, що застосування того чи іншого нормативно-правового акта залежатиме від характеру правовідносин (приватні чи публічні), які потребують врегулювання, а також від того, які інтереси ним забезпечуються (колективні або індивідуальні).

Сфері кібернетичної безпеки як інституту інформаційного права також притаманна наявність як норм публічного права, так норм і приватного права. А специфіка предмета правового регулювання потребує суміщення кількох методів правового регулювання – як диспозитивного, так і імперативного. Норми як публічного, так і приватного матеріального права закріплюють, створюють, регулюють, охороняють, а також захищають відповідні права, свободи та інтереси людини у кібернетичному просторі. Загалом, не виокремлюючи публічну чи приватноправову складову, нормативні засади механізму правового забезпечення кібернетичної безпеки людини можна подати через: відповідну систему нормативно-правових актів; правових принципів; міжнародних та національних стандартів, що регулюють цю сферу.

Зазначимо, що правове регулювання сфери кібернетичної безпеки характеризується відсутністю чіткої структуриваності, однак до основних нормативно-правових актів, що регулюють правовідносини, які виникають під час використання кібернетичного простору задля створення умов безпечного його використання, а також охорони, захисту життєво важливих інтересів, прав і свобод людини, можна віднести:

1) чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, адже значна частина кіберпростору є де-факто міжнародною, і лише в окремих випадках його функціонування знаходиться під контролем і суверенітетом відповідної держави. Тому можна стверджувати, що значна частина відносин в кіберпросторі може бути врегульована засобами міжнародного права, до яких варто віднести зокрема: Загальну декларацію прав людини; Конвенцію про кіберзлочинність 2001 р.; Конвенцію про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних та інші. Окремої уваги заслуговує Загальний регламент про захист даних (General Data Protection Regulation, GDPR; Regulation (EU) 2016/679). Загальний регламент про захист даних хоча і не може вважатися повноцінним джерелом права в Україні, однак положення цього нормативно-правового акта поширюються на тих суб'єктів, які здійснюють свою діяльність, зокрема і у всесвітній мережі Інтернет, на території Європейського Союзу або прямо чи опосередковано мають доступ до персональних даних осіб, які знаходяться на території Європейського Союзу;

2) нормативно-правові акти України, зокрема: Конституцію України; Кримінальний кодекс України; Кодекс України про адміністративні правопорушення; Цивільний кодекс України; галузеві нормативно-правові акти України (закони України), які містять норми, що регулюють правовідносини, що виникають під час використання кіберпростору, і спрямовані на охорону й захист прав, свобод, інтересів людини у цій сфері: Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» від 5 жовтня 2017 р. за № 2163-VIII¹⁹; Закон України «Про захист персональних даних»²⁰ та інші.

Вважаємо, що чинний Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» не вирішує наявних проблем галузі, більшість його норм є декларативними, тому необхідно або здійснити фундаментальну роботу з розробки та прийняття ефективного Закону України «Про кібернетичну безпеку», або внести низку змін до Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», а саме: удосконалити поняттєво-категоріальний апарат, зокрема дати належне визначення поняттю «кібербезпека». Так, її варто визначати як сукупність організаційних, правових, технічних та освітніх заходів, спрямованих на безперервне функціонування кіберпростору, мінімізацію ризиків у його функціонуванні до прийнятного мінімуму, з метою охорони та захисту життєво важливих прав, свобод, інтересів людини, суспільства і дер-

жави; конкретизувати об'єкти кібернетичної безпеки, тобто не тільки вказати, що це конституційні права і свободи людини і громадянина, а конкретизувати, які саме. Така конкретизація сприяла б чіткому розмежуванню функцій суб'єктів забезпечення кібернетичної безпеки; визначила принципи розмежування публічного (держава, суспільство) та приватного (людина) інтересів у кібернетичному просторі, з метою усунення проблеми повного або часткового неспівпадіння інтересів різних рівнів (людина, суспільство, держава). Так, до прикладу, інтересом державних силових та розвідувальних структур може бути моніторинг, негласне спостереження, відслідковування за її громадянами і суспільством для забезпечення громадського порядку, тому для держави певною мірою є сприятливою ситуація незахищеності протоколів Інтернету для збору даних про окремих осіб. У свою чергу, людина заінтересована у тому, щоб її права, у тому числі під час використання кібернетичного простору, не були порушені з боку держави, тому варто встановити мінімальні норми захисту та забезпечення інформаційної та кібернетичної безпеки не лише для об'єктів критичної інфраструктури, а й для усіх суб'єктів незалежно від форм власності, які є дотичними до персональних даних людини, чи діяльність яких може впливати на рівень кібербезпеки людини; забезпечити на практиці належне функціонування системи аудиту інформаційної безпеки; періодичного проведення огляду національної системи кібербезпеки, розроблення індикаторів стану кібербезпеки як того вимагає Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України». У ч. 3 ст. 15 цього Закону України визначено, що діяльність основних суб'єктів національної кібербезпеки на предмет ефективності системи забезпечення кібербезпеки держави підлягає незалежному щорічному аудиту, за результатами якого складається звіт. Визначено, що основні суб'єкти національної кібербезпеки надають один раз на рік звіти про стан виконання ними заходів з питань забезпечення кібербезпеки. Нині в Україні відсутні офіційно оприлюднені звіти про стан забезпечення кібербезпеки в Україні, що не дає можливості скласти уявлення про дійсний стан речей у цій галузі, а також зрозуміти, наскільки є ефективним у своїй роботі той чи інший суб'єкт. Також потребує суттєвих доопрацювань і наближення до Загального регламенту про захист даних (General Data Protection Regulation, GDPR; Regulation (EU) 2016/679) чинний Закон України «Про захист персональних» даних, зокрема цей Закон потребує доповнення нормою, яка встановлює обов'язок повідомлення про випадки витоку даних, зобов'язує суб'єкта, у якого стався такий інцидент, повідомити в чітко встановлений строк про такий витік уповноважений орган держави, своїх клієнтів та інші сторони, зобов'язує вжити заходів щодо усунення заподіяної шкоди, а також встановлює відповідальність для винних осіб у разі, коли недостатній нагляд чи контроль, що мав здійснюватися особою, яка відповідальна за захист персональних даних, спричинив можливість такого витоку даних. Ця норма є особливо актуальною, зважаючи на невпинно зростаючу кількість випадків несанкціонованого доступу до баз даних в Україні, що містять інформацію про користувачів, і випадки використання цих даних проти волі людини;

3) міжнародні стандарти, стандарти Європейського Союзу та НАТО у сфері забезпечення кібернетичної безпеки. Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» закріплює, що функціонування національної системи кібербезпеки має забезпечуватися із дотриманням міжнародних стандартів. Однак наявність цих положень не спричинила активізації системної розробки національних стандартів у сфері кібербезпеки.

В Україні досі не вирішено одну із основних проблем нормативно-технічного та нормативно-правового забезпечення суб'єктів кібербезпеки, а саме не врегульовано невідповідність стану й розвитку в Україні національної системи стандартизації у сфері кібербезпеки та кіберзахисту потребам забезпечення національної, інформаційної та кібернетичної безпеки, сталого розвитку цифрової економіки й суспільства, міжнародним зобов'язанням і вимогам національного законодавства. Неповнота, нечіткість, неузгодженість національної системи стандартизації у сфері кібербезпеки з міжнародними системами стандартизації та неврахування кращого міжнародного досвіду стримують її розвиток, негативно впливають на механізм забезпечення кібернетичної безпеки людини;

4) нормативно-правові акти Президента України, що регулюють питання забезпечення кібернетичної безпеки;

5) нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України у сфері забезпечення кібернетичної безпеки;

6) нормативні джерела, які регулюють порядок взаємодії суб'єктів системи забезпечення кібернетичної безпеки за окремими напрямками діяльності в цій сфері;

7) нормативно-правові акти інших суб'єктів, відповідальних за забезпечення кібернетичної безпеки, зокрема Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації; Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України (Держспецзв'язку);

8) локальні нормативні акти – документи, що містять норми права, які розробляються приватними суб'єктами;

9) принципи міжнародного публічного права, які регулюють правовідносини, що виникають під час використання кіберпростору.

Як зазначає О.А. Заярний, одним із напрямів удосконалення способів захисту інформаційних прав людини в умовах застосування штучного інтелекту (один із аспектів кібернетичної безпеки людини) є впровадження у практичну діяльність етичного напрямку, в основу якого включаються акти м'якого права – етичні норми та принципи, які містять адресовані розробникам або постачальникам вимоги щодо забезпечення дотримання інформаційних прав фізичної особи, заклики до недискримінації за ознаками застосування технологій штучного інтелекту чи відмови від їх застосування²¹.

Важливим елементом механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини є об'єкт такого забезпечення. Об'єктом адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини є ті суспільні відносини, що виникають під час використання кібернетичного простору людиною і які урегульовуються нормами адміністративного права. Правовідносини, що виникають у кібернетичному просторі характеризуються такими ознаками: 1) обмін інформації відбувається в електронній цифровій формі; 2) віддаленість суб'єктів цих відносин у просторі; 3) наявність суб'єктів, які не ініціювали ці відносини, проте мали організаційно-технічну можливість здійснити вплив на них; 4) використання програмного забезпечення, технічних стандартів і протоколів; 5) схильність цих відносин до саморегуляції; 6) технологічна складність кіберпростору; 7) поширені можливості порушення інформаційних прав суб'єктів цих відносин²².

Система (організованість) правовідносин розкривається через їх структуру. Структура правовідносин – це основні елементи правовідносин і доцільний спосіб зв'язку між ними на підставі суб'єктивних юридичних прав, обов'язків, повноважень і відповідальності з приводу соціального блага або забезпечення інтересів¹⁵. Таким чином, до структури адміністративно-правових відносин у сфері забезпечення кібернетичної безпеки людини входять: суб'єкти, об'єкти, зміст, а також юридичні факти.

Суб'єктів публічної адміністрації, відповідальних за забезпечення кібернетичної безпеки, варто розподілити на такі основні групи (залежно від форми публічної влади – державної чи муніципальної).

До першої групи належать органи виконавчої влади (як державної влади). Відповідно до п. 1 ч. 4 ст. 5 Закону України «Про основні засади забезпечення кібернетичної безпеки» до органів виконавчої влади, які є відповідальними за забезпечення кібернетичної безпеки, належать міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, а також місцеві адміністрації. Нині головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики: у сферах цифровізації, цифрового розвитку тощо, є Міністерство цифрової трансформації України.

Органами державної влади, що здійснюють публічне адміністрування у сфері забезпечення кібернетичної безпеки людини і які, відповідно до ч. 2 ст. 8 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» утворюють національну систему кібербезпеки є:

1) Національна поліція України, яка є відповідальною за забезпечення захисту прав і свобод людини і громадянина, інтересів суспільства і держави від злочинних посягань у кіберпросторі; здійснює заходи із запобігання, виявлення, припинення та розкриття кіберзлочинів, підвищення поінформованості громадян про безпеку в кіберпросторі. Нині в Україні як структурний підрозділ Національної поліції України функціонує Департамент кіберполіції Національної поліції України, завданням якого має бути визначення, розробка та реалізація комплексу заходів, спрямованих на попередження й протидію кримінальним правопорушенням у кібернетичному просторі. Однак, на жаль, досі не затверджено відповідне Положення про Департамент кіберполіції Національної поліції України, яке врегулювало б правовий статус цього структурного підрозділу та належним чином легітимізувало його діяльність;

2) Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, яка серед іншого є відповідальною за забезпечення функціонування Державного центру кіберзахисту, урядової команди реагування на комп'ютерні надзвичайні події України CERT-UA. Зазначимо, що останній відповідальний також за забезпечення кібернетичної безпеки людини. У зв'язку з тим, що станом на 2020 р. досі не прийнято Закону України «Про критичну інфраструктуру та її захист», у якому б було визначено чіткі критерії віднесення того чи іншого суб'єкта діяльності до об'єктів критичної інфраструктури, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України має необмежені повноваження щодо виставлення вимог, які стосуються кібернетичної безпеки для як для державних, так і *недержавних суб'єктів*, що може спричинити перешкоди у їх діяльності;

3) Міністерство оборони України, Генеральний штаб Збройних Сил України;

4) розвідувальні органи України.

До органів державної влади, що здійснюють публічне адміністрування у сфері забезпечення кібернетичної безпеки людини, але формально не підпорядковані вищому чи центральним органам виконавчої влади належать: 1) Національний координаційний центр кібербезпеки як робочий орган Ради національної безпеки і оборони України, утворений відповідно до рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 р. «Про Стратегію кібербезпеки України», уведений в дію Указом Президента України від 15 березня 2016 р. № 96. Однак станом на 2020 р. немає жодного офіційного опублікованого національного Звіту про стан забезпечення кібербезпеки в Україні, що не дає усім заінтересованим суб'єктам: по-перше, розуміння поточної ситуації у цій галузі, по-друге, здійснити оцінку ефективності роботи Національного координаційного центру кібербезпеки. Такий стан речей негативно впливає на можливість оцінки перспектив розвитку сфери кібербезпеки. Також важливо, аби координація у сфері забезпечення кібернетичної безпеки відбувалась не лише між органами публічної адміністрації, а й із залученням приватних осіб. Так, для прикладу, у Естонії функціонує національна платформа для координації державного і приватного сектора у сфері забезпечення кібернетичної безпеки X-Road²³; 2) Служба безпеки України, на яку покладено завдання щодо здійснення запобігання, виявлення, припинення та розкриття злочинів проти миру і безпеки людства, які вчиняються у кіберпросторі; здійснення контррозвідувальних та оперативних-розшукових заходів, спрямованих на боротьбу з кібертероризмом та кібершпигунством; 3) Національний банк України у межах своєї компетенції визначає порядок, вимоги та заходи із забезпечення кіберзахисту та інформаційної безпеки у банківській системі України та для суб'єктів переказу коштів тощо.

До другої групи основних суб'єктів публічної адміністрації, відповідальних за забезпечення кібернетичної безпеки людини, належать суб'єкти місцевого самоврядування. Органи місцевого самоврядування є також відповідальними за забезпечення кібернетичної безпеки людини, оскільки вони становлять найбільший пласт суспільних відносин, пов'язаних із реалізацією їхньої компетенції в різних сферах забезпечення життєдіяльності людей. Крім цього, значущість захищеності життєво важливих інтересів людини та громадянина у сфері функціонування органів місцевого самоврядування буде лише зростати, що зумовлено процесом поступовою децентралізацією публічної влади²⁴.

До третьої групи належать суб'єкти делегованих повноважень, а саме: громадські об'єднання; інші суб'єкти під час здійснення делегованих законодавством виконавчих функцій. До них за Законом України «Про основні засади забезпечення кібернетичної безпеки України» входять: суб'єкти господарювання, громадяни України та об'єднання громадян, інші особи, які провадять діяльність та/або надають послуги, пов'язані з національними інформаційними ресурсами, інформаційними електронними послугами, здійсненням електронних правочинів, електронними комунікаціями, захистом інформації та кіберзахистом.

Нині можна констатувати, що обмеженість національної системи кібербезпеки на практиці лише органами публічної адміністрації без залучення громадськості та приватних осіб, які є фахівцями у сфері забезпечення кібернетичної безпеки, призводить до відсутності дійсного контролю за органами державної влади, різними зловживаннями, а також до зростання недовіри та збільшення протиріч між різними суб'єктами забезпечення кібернетичної безпеки. Зважаючи на те, що кібернетичний простір характеризується динамічністю та непередбачуваністю, суттєвою допомогою у запобіганні кіберінцидентам могло б стати залучення до співпраці приватних осіб, які спеціалізуються на пошуку та виправленні слабких місць у системах забезпечення кібернетичної безпеки. Дієвим способом щодо набуття впевненості у стійкості системи до нападів та кібератак є тривале випробування й дослідження її фахівцями (хакерами).

Зважаючи на всі переваги від діяльності «білих та сірих» хакерів, нині в Україні досі не врегульовано їх правовий статус. Більш того, діяльність останніх кваліфікується як і діяльність «чорних» хакерів, і підпадає під дію розділу XVI Кримінального кодексу України за назвою «Кримінальні правопорушення у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку». Важливо, щоб нарешті діяльність добросовісних хакерів знайшла підтримку в державі через: розробку та прийняття нормативно-правового акта, який би: визначив перелік видів діяльності у сфері забезпечення кібернетичної безпеки, які не можуть вважатися протиправними, що вкрай необхідно для попередження кіберінцидентів; визначив правовий статус «білого» та «сірого» хакерів, їхні права, обов'язки; встановив порядок (процедуру) інформування компетентних суб'єктів щодо виявлених недоліків; строки повідомлення про уразливість певної системи тощо; розробку програм стимулювання фахівців у сфері забезпечення кібернетичної безпеки за виявлення і добросовісне повідомлення про вразливість кібернетичних систем із отриманням певної винагороди за таку діяльність.

Об'єкти правовідносин у сфері адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини можна поділити на:

1) *нематеріальні*, до яких належать права та свободи людини у кібернетичному просторі (публічні суб'єктивні права): право людини на захист персональних даних під час використання кіберпростору; право людини на захист від агресивних маркетингових технологій у кіберпросторі тощо;

2) *матеріальні*, до яких входять програмні продукти, технології, програмне забезпечення; телекомунікаційні мережі, технічне обладнання тощо. Варто додати, що сам кіберпростір не є об'єктом правовідносин, адже він цілком нікому не може належати;

3) *дії суб'єктів правовідносин у сфері адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини*, у яких суб'єкт чи об'єкт публічного управління має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання певних дій. Наприклад, право Уповноваженого з прав людини за підсумками перевірки, розгляду звернення видавати обов'язкові для виконання вимоги (приписи) про запобігання або усунення порушень законодавства про захист персональних даних, у тому числі ті, які було вчинено у кібернетичному просторі.

Ще одним елементом структури правовідносин у сфері адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини є *зміст таких правовідносин*. Зміст правовідносин у сфері адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки становлять суб'єктивні публічні права (публічної правоможності) та юридичні обов'язки суб'єктів адміністративного права, відповідальних за забезпечення кібернетичної безпеки людини, коли кожному суб'єктивному праву одного суб'єкта адміністративно-правових відносин відповідає (кореспондується) юридичний обов'язок іншого суб'єкта, і навпаки. За ступенем можливості реалізації права людини можуть поділятися на абсолютні й відносні²⁵.

Абсолютними є такі права, реалізація яких залежить від волевиявлення людини, зокрема, це може бути право на отримання освітніх послуг шляхом використання кіберпростору; право вимагати відшкодування шкоди, завданої незаконними діями чи бездіяльністю суб'єктами публічної адміністрації, відповідальними за забезпечення кібернетичної безпеки тощо.

Відносні права в кіберпросторі – це такі, реалізація яких залежить не лише від волевиявлення людини, а й від наявності фактичних можливостей для їх реалізації. Зокрема, кожна людина має право на доступ до Інтернету, однак не у всіх регіонах України є можливість повноцінно реалізувати це право, передусім у зв'язку із недостатньою технічною оснащеністю.

Обов'язком же у цих правовідносинах буде виступати зобов'язання інших приватних осіб (людей), а також суб'єктів публічної адміністрації не перешкоджати людині у реалізації її прав у кіберпросторі, крім випадків, передбачених законом, з метою запобігання кримінальним правопорушенням чи встановлення фактичних обставин у кримінальних справах, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо, і лише на підставі рішення суду. Так само як і права, обов'язки людини у кіберпросторі можна поділити на абсолютні та відносні.

Абсолютні обов'язки людини у кіберпросторі – це обов'язки, виконання яких зумовлене правовим режимом (об'єктивною реальністю), тобто вимоги дотримання яких встановлено нормами чинного законодавства. Це може бути обов'язок не вчиняти правопорушень під час використання кіберпростору, відповідальність за які передбачена чинним законодавством.

Відносні обов'язки людини у кіберпросторі – це ті, які або залежать від волевиявлення людини (сприяння суб'єктам кібернетичної безпеки); або від певних життєвих обставин (в умовах існування загроз національній безпеці у кіберпросторі бути обмеженим у використанні певних електронних ресурсів, пов'язаних із такою загрозою). Також можна виокремити ще таку групу обов'язків людини у кібернетичному просторі, як деліктні обов'язки, які виникають із деліктних правовідносин і покладаються на людину через її протиправну поведінку та полягають в обов'язку людини зазнати відповідних обмежень прав і свобод як покарання за правопорушення, вчинене у кібернетичному просторі або з його використанням.

Залежно від спрямування діяльності суб'єктів публічної адміністрації, відповідальних за забезпечення кібернетичної безпеки, можна виокремити такі основні види правовідносин у сфері адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини: 1) правовідносини, що виникають за ініціативою приватної особи (вертикальні, побудовані за принципом «знизу догори») і розкриваються через сукупність суб'єктивних прав приватної особи та адміністративних обов'язків суб'єкта публічної адміністрації, відповідального за забезпечення кібернетичної безпеки; 2) правовідносини, що виникають за законною ініціативою суб'єкта публічної адміністрації відповідального за забезпечення кібернетичної безпеки (вертикальні, побудовані за принципом «згори донизу»). Розкриваються через сукупність адміністративних прав суб'єкта публічної адміністрації та юридичних обов'язків приватної особи; 3) правовідносини, у яких беруть участь два суб'єкти публічної адміністрації (горизонтальні), що розкриваються через сукупність в адміністративно-правових відносинах адміністративних прав і публічних обов'язків суб'єктів публічної адміністрації.

Підставою для виникнення, зміни та припинення правовідносин у сфері адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини є юридичний факт. Юридичний факт – це конкретна життєва обставина, з якою норми права пов'язують виникнення, зміну чи припинення правовідносин¹⁵. У цьому контексті варто зазначити, що правовідносини у сфері адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини можуть виникати на таких підставах: при реалізації людиною прав, свобод та інтересів, що їй належать під час використання кібернетичного простору, а також при виконанні обов'язків у цій сфері (правомірні дії); при необхідності охорони і захисту прав, свобод та інтересів, що їй належать під час використання кібернетичного простору (правомірні дії); при порушенні обов'язків людиною під час використання кіберпростору (неправомірні дії).

Суб'єкти публічної адміністрації в процесі надання адміністративних послуг і здійснення виконавчо-розпорядчої діяльності відповідно до своєї компетенції можуть застосовувати такий *арсенал інструментів (засобів)* публічного адміністрування: видання правових актів (нормативних та індивідуальних адміністративних актів); укладення адміністративних договорів; учинення інших юридично значущих дій; здійснення матеріально-технічних операцій; затвердження планів діяльності; використання методів публічного адміністрування, а саме методів заохочення; методів переконання; методів адміністративного примусу, до яких входять: а) адміністративно-запобіжні заходи; б) заходи адміністративного припинення; в) адміністративні стягнення; впровадження електронного врядування тощо¹⁷.

Адміністративно-правовому забезпеченню кібернетичної безпеки людини притаманне застосування більшості із вищеперахованих інструментів (засобів) публічного адміністрування з боку суб'єктів, відповідальних за її забезпечення. Особливої уваги заслуговує проблема реалізації методів заохочення та стимулювання сфери забезпечення кібернетичної безпеки людини. Так, для удосконалення механізму адміністративно-правового забезпечення кібербезпеки людини до законодавства України у перспективі могли би бути додані норми, що містили б порядок застосування засобів морального та матеріального заохочення (стимулювання) для забезпечення належного функціонування і використання кібернетичного простору. Закон України «Про основні засади забезпечення кібернетичної безпеки» окреслює можливі напрями державно-приватної взаємодії у сфері кібербезпеки, однак не містить будь-яких заохочуючих (стимулюючих) норми щодо здійснення такого партнерства.

Нині зусилля суб'єктів публічної адміністрації мають бути першочергово спрямовані на стимулювання сфери кібербезпеки, з метою нарощування потенціалу цієї галузі, через використання таких засобів, як відкриття грантових програм; надання додаткового фінансування не лише органам державної влади, що здійснюють публічне адміністрування у сфері забезпечення кібернетичної безпеки, а й приватним особам, які працюють у цій сфері. Доцільно було б також застосовувати певні пільги або визначити порядок повної чи часткової компенсації освітніх послуг для осіб, які пройшли відповідне навчання з метою підвищення рівня знань у галузі кібербезпеки тощо.

Висновки.

1. Механізмом адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини можна вважати узятю в єдності складну систему юридичних, організаційних, ідеологічних, технічних та інших заходів впливу, що здійснюється уповноваженими суб'єктами публічної адміністрації на суспільні відносини, які виникають під час використання кібернетичного простору, з метою їх упорядкування, а також для забезпечення охорони та захисту життєво важливих інтересів, прав та свобод людини у цій сфері.

2. До основних елементів механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини можна віднести: нормативні засади механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини (принципи права, норми права); об'єкт адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини (правовідносини, їх зміст, види, структуру та особливості реалізації); суб'єктів адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини; засоби адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини.

3. Механізмом адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини притаманна динамічність, зважаючи на специфіку предмета правового регулювання, і тому він має максимально враховувати закономірності розвитку суспільства, науки, а також технологій для того, аби бути ефективним і здатним належним чином задовольняти, охороняти та захищати життєво важливі інтереси, права та свободи людини під час використання кібернетичного простору.

¹ Rolf H. Weber, Evelyn Studer. Cybersecurity in the Internet of Things: Legal aspects. URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364916301169>

² Ronald J. Deibert. Toward a Human-Centric Approach to Cybersecurity. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/ethics-and-international-affairs/article/abs/toward-a-human-centric-approach-to-cybersecurity/4E8819984202A24186BB0F52E51BC1E4#access-block>

³ Заярний О.А. Правове забезпечення розвитку інформаційної сфери України: адміністративно-деліктний аспект: монографія. Київ: Видавничий дім «Гельветика». 2017. 700 с. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/zayarnii_monografiya_tv_pereplet_0.pdf

⁴ Золотар О.О. Правові основи інформаційної безпеки людини : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2018. 39 с.

⁵ Омельчук В.А. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія «Юридичні науки»*. Київ. 2020. № 9. С. 55–61.

⁶ Тарасюк А.В. Методологічні підходи до вивчення проблеми безпеки людини в кіберпросторі. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 7. С. 254–258.

⁷ Olynyk O. Akademická spoločnosť Michala Balud'anského (Košice, S. (2013). Scientific letters of Academic Society of Michal Baludansky. Košice: Academic Society of Michal Baludansky. Інформаційна безпека у зарубіжних країнах.

⁸ Мельник Я.Я. Місце феномену «безпеки» в цивільних процесуальних категоріях «інтерес», «свобода», «право», «обов'язок» та «відповідальність». *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. № 39. С. 65–70. (Серія «Право»).

⁹ Definition of 'mechanism'. URL: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/mechanism>

¹⁰ Мартюшов В.Ф. Поняття «механізм» в контексте изучения социальных процессов. URL: http://eprints.tversu.ru/5500/1/Вестник_ТвГУ_Серия_ФИЛОСОФИЯ_.2015._3._С._94-103.pdf

¹¹ Діденко С.В. Поняття та елементи механізму адміністративно-правового забезпечення обігу та застосування зброї в Україні. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2015. Т. 16. С. 463–469. С. 464. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nponyua_2015_16_52

¹² Личенко І. Поняття та ознаки адміністративно-правового забезпечення екологічної безпеки в Україні. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*: зб. наук. праць. Львів: Вид-во Львівської політехніки, 2017. № 876. С. 163–169. С. 168 (Серія «Юридичні науки»).

¹³ Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. Москва: Юридическая литература, 1966. 187 с. С. 5.

¹⁴ Сидоренко О.П. Правове забезпечення: до питання інтерпретації поняття. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 1. С. 39–46. С. 41.

¹⁵ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник. Харків: Консум, 2001. 656 с. С. 499.

¹⁶ Гумін О.М. Адміністративно-правове забезпечення: поняття та структура. *Наше право*. 2014. № 4. С. 46–50. С. 50.

¹⁷ Галуцько В., Діхтєвський П., Кузьменко О. та ін. Адміністративне право України. Повний курс: підручник / за ред. В. Галуцько, О. Правоторової. 3-є вид. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2020. 584 с. С. 20. URL: <http://sipl.com.ua/wp-content/uploads/2020/04/Галуцько-АДМІН-ПРАВО-вид-третє-2020.pdf>

¹⁸ Царенко С.І. Механізм адміністративно-правового забезпечення прикордонного режиму Державною прикордонною службою України. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2015. Вип. 5(3). С. 83–86. С. 84 (Серія «Юридичні науки»).

¹⁹ Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон України від 5.10.2017 р. № 2163-VIII. Дата оновлення: 08.07.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19> (дата звернення: 31.12.2020).

²⁰ Про захист персональних даних : Закон України від 1.06.2010 року № 2297-VI. Дата оновлення: 20.03.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17> (дата звернення: 31.12.2020).

²¹ Заярний О.А. Деякі напрями удосконалення способів захисту інформаційних прав фізичних осіб в умовах застосування технологій штучного інтелекту. *Актуальні проблеми захисту інформаційних прав особи в умовах технологічних викликів та цифрової реальності*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Херсон, 17–18 вересня 2019 р.). Херсон: ВД «Гельветика», 2019. С. 94–98. С. 97.

²² Еннан Р.Є. Правове регулювання відносин у мережі Інтернет. URL: <http://aphd.ua/publication-173/>

²³ X-Road. URL: <https://en.wikipedia.org/wiki/X-Road>

²⁴ Демиденко В.О. Принципи застосування органами місцевого самоврядування законодавства України у сфері кібербезпеки. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 1. С. 141–153. С. 143.

²⁵ Громадяни та громадські об'єднання як суб'єкти адміністративного права. URL: https://arm.naiu.kiev.ua/books/adm_pravo_zch/nm/lec6.html

Резюме

Плескач М.В. Сутність поняття та основні елементи механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини.

У статті розкрито сутність поняття механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини, а також представлено основні його елементи, а саме: нормативні засади (принципи права, норми права); визначено об'єкт адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини (правовідносини, їх зміст, види, структуру та особливості реалізації); суб'єктів адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини; засоби адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини. Крім того, автором окреслено можливі напрями вдосконалення національного механізму адміністративно-правового забезпечення кібернетичної безпеки людини.

Ключові слова: механізм адміністративно-правового забезпечення, кібернетична безпека людини.

Резюме

Плескач М.В. Сущность понятия и основные элементы механизма административно-правового обеспечения кибернетической безопасности человека.

В статье раскрыта сущность понятия механизма административно-правового обеспечения кибернетической безопасности человека, а также представлены основные его элементы, а именно: нормативные основы (принципы права, нормы права); определены объект административно-правового обеспечения кибернетической безопасности человека (правоотношения, их содержание, виды, структура и особенности реализации); субъекты административно-правового обеспечения кибернетической безопасности человека; средства административно-правового обеспечения кибернетической безопасности человека. Кроме того, автором обозначены возможные направления усовершенствования национального механизма административно-правового обеспечения кибернетической безопасности человека.

Ключевые слова: механизм административно-правового обеспечения, кибернетическая безопасность человека.

Summary

Mariia Pleskach. The mechanism of administrative and legal support of human cybersecurity: concept and basic elements.

This research presents the result of the mechanism theoretical modeling of administrative and legal support of human cybersecurity.

Author attempt to determine the concept and basic elements of human cybersecurity administrative and legal support.

Such a definition of the mechanism of administrative and legal support of cyber security as a unity of a complex system of legal, organizational, ideological, technical and other measures of influence carried out by authorized subjects of public administration on public relations arising during the use of cyberspace, in order to streamline them, as well as to ensure the protection and defense of vital human interests, rights and freedoms is proposed.

Such elements as regulatory principles (principles of law, rule of law); object of administrative and legal support of human cybersecurity (legal relationships, their types, structure and features of realization); subjects of administrative and legal support of human cybersecurity; instrumentality of administrative and legal support of human cyber have been highlighted.

The author outlines possible directions for improving the national mechanism of administrative and legal support of human cybersecurity.

The mechanism of administrative and legal support of cyber security is characterized by dynamism due to the specifics of the legal regulation subject. Therefore, it should take into account the peculiarities of society, science and technology, in order to be effective and able to protect important human interests, rights and freedoms in cyberspace.

The problem of implementing methods to encourage and stimulate the sphere of human cybersecurity requires special attention.

In order to improve the mechanism of administrative and legal support of human cyber security, rules should be added to the legislation of Ukraine, which would contain the procedure for the use of moral and material incentives to ensure the functioning and use of cyberspace.

Public administration efforts should also be aimed at stimulating cybersecurity, which will help build the capacity of this sphere. They can use methods such as opening grant programs; providing additional funding to private subjects. It would also be appropriate to apply certain benefits or to determine the procedure for full or partial compensation of educational services for persons who have undergone appropriate training in order to increase the level of knowledge in the sphere of cybersecurity, etc.

Key words: mechanism of administrative and legal support, human cybersecurity.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.37

УДК 347.9

Х.А. ДЖАВАДОВ

*Хикмет Джавадов, доктор юридических наук,
старший научний сотрудник Института государства
и права имени В.М. Корецкого НАН Украины**
ORCID: 0000-0002-9645-1281

К ВОПРОСУ О КОНЦЕПЦИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПОДГОТОВИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Судебные реформы сопровождают Украину все годы ее независимости. С одной стороны, это свидетельствует о важности построения сильной и независимой судебной власти как одного из неизменных показателей любого демократического и правового государства. С другой, часто предлагаемые преобразования в своей основе имеют политический контекст, желание действующей власти подчинить деятельность по осуществлению правосудия своим интересам. Даже по прошествии длительного времени нет научно обоснованной концепции развития правосудия в Украине. Речь идет в этой связи не о провозглашении намерений, а о реальных изменениях в организации судебной власти и системы, о направлениях развития судопроизводства в условиях неминусовой европейской интеграции.

Полагаем, что данная концепция как система новых взглядов на судопроизводство должна отразить характерные особенности рассматриваемой деятельности, привнести все те новые положения, которые отражают современные тенденции развития правосудной деятельности. Выскажем в этом плане ряд замечаний относительно возможной концепции правового регулирования подготовки дела к судебному разбирательству в гражданском судопроизводстве как своего рода автономной части справедливого судебного процесса.

Обращаясь к исторической ретроспективе развития данного института, необходимо подчеркнуть, что процедуры подготовки дела были хорошо известны Австрийскому уставу гражданского судопроизводства 1895 г., действовавшему на части земель современной Западной Украины, а также Уставу гражданского судопроизводства России 1864 г., впервые закрепившей такую деятельность, хотя и не придав ей юридически обязательного характера. Уже немногим позже одним из результатов кодификации советского законодательства стало выделение в качестве самостоятельной стадии – подготовки дела к судебному разбирательству. Как отмечали процессуалисты того времени, выделение подготовки было вызвано самой жизнью¹.

ГПК Украины 2004 г. назвал подготовку дела производством по делу до судебного разбирательства. Закон Украины № 2147-VIII от 3 октября 2017 г. по сути стал новой редакцией ГПК Украины, однако и он окончательно не разрешил проблемные вопросы подготовительного производства. Оставляя за другими исследователями сложные проблемы видов производств и стадий, остановимся на некоторых нормативных характеристиках рассматриваемого производства. Конечно же, в аспекте концептуального видения содержания данной стадии гражданского судопроизводства.

Хрестоматийными уже являются слова о том, что нормативное регулирование стадийности гражданского процесса должно включать в себя определение целей и задач конкретного этапа гражданской процессуальной деятельности. Эти слова касаются не только подготовительного производства, они в целом определяют структуру ГПК Украины. В то же время применительно к подготовке дела к судебному рассмотрению правильное формулирование ее целей и задач будет способствовать осмыслению места подготовительных судебных процедур в структуре гражданского судопроизводства, выявлению всех системных связей ее элементов. Кроме того, нельзя не отметить и тот значительный потенциал, который заложен в самой стадии подготовки дела для повышения эффективности всего гражданского судопроизводства.

© 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*

При этом подчеркнем, что в ГПК Украины отсутствуют нормы, устанавливающие цели подготовительного производства, однако акцентируется внимание на его задачах. В соответствии со ст. 189 ГПК задачами подготовительного производства являются:

- 1) окончательное определение предмета спора и характера спорного правоотношения, исковых требований и состава участников судебного процесса;
- 2) выяснение возражений против исковых требований;
- 3) определение обстоятельств дела, которые подлежат установлению, и сбор соответствующих доказательств;
- 4) разрешение отводов;
- 5) определение порядка рассмотрения дела;
- 6) совершение других действий с целью обеспечения правильного, своевременного и беспрепятственного рассмотрения дела по сути.

Исходя из содержания данной статьи, можно предположить, что все подготовительные действия должны совершаться с целью обеспечения правильного, своевременного и беспрепятственного рассмотрения дела по сути.

Таким образом, законодатель лишь косвенно говорит о целях подготовки и вслед за цивилистической процессуальной доктриной упоминает о важности обеспечении правильного, своевременного и беспрепятственного рассмотрения дела по сути. Обратимся к некоторым доктринальным источникам.

Н.Л. Бондаренко-Зелинская считает, что цель стадии подготовки заключается в обеспечении правильного и своевременного рассмотрения и разрешения дела в соответствующем производстве².

Д.Д. Луспеник пишет о создании условий для обеспечения правильного и своевременного решения дела и вынесения законного и обоснованного решения³.

О направленности на разрешение в первом же судебном заседании говорят и другие авторы⁴.

Как видим, достаточно распространенная точка зрения. Но если вся подготовительная деятельность направлена на обеспечение правильности и своевременности рассмотрения гражданского дела, то на что направлена гражданская процессуальная деятельность на других ее этапах? Рассмотреть гражданское дело правильно и своевременно – одна из целей судебного процесса.

Впрочем, некоторые исследователи уточняют эту позицию и подчеркивают, что целью подготовки дела к судебному рассмотрению является также выяснение возможности урегулирования спора до судебного разбирательства⁵, примирение сторон⁶.

Отдельные авторы в этой связи ставят вопрос еще шире, полагая, что цели подготовки дела коррелируются с проблемами экономии процесса⁷, оптимизации гражданского судопроизводства⁸.

Представленные мнения еще раз свидетельствуют о важности тщательной доктринальной разработки целей подготовительного производства. Для выявления природы подготовки дела к судебному разбирательству недостаточно указать лишь на то, что такая деятельность способствует быстрому и своевременному рассмотрению гражданского дела или созданию благоприятных условий для вынесения законного и обоснованного судебного решения. Не раскрывает содержание этой стадии и описание возможных ее последствий – оптимизации гражданского судопроизводства или экономии средств и времени. При этом акцентирование внимания на возможности обеспечения примирения сторон представляется нам весьма полезным.

Очевидно, что перечисленные тезисы лишь в самых общих чертах ориентируют на уяснение действительного смысла осуществляемых гражданских процессуальных действий. Ведь, к примеру, нельзя исключать ситуации, когда добросовестное осуществление прав и обязанностей и исполнение всего объема необходимых процессуальных действий, и тщательно проведенная подготовка судом не приведет к рассмотрению гражданского дела в первом же судебном заседании. Цели подготовки должны быть достижимы в пределах этой стадии, так же, как и должна существовать реальная возможность оценить полноту и эффективность подготовки независимо от хода и результатов последующих стадий.

Для конкретизации целей подготовки дела к судебному рассмотрению следует обратиться к причинам обособления этой стадии. Почему нельзя достичь целей стадии подготовки совместно с целями стадии судебного рассмотрения, тем более что эти цели созвучны? Не лучше ли в случае необходимости провести два обычных судебных заседания, в первом из которых разрешить вопросы установления исковых требований, назначения экспертизы, истребования доказательств и другие, традиционно составляющие содержание процессуальной деятельности на стадии подготовки? Есть ли смысл выносить определение о начале и завершении подготовки, что создает дополнительную нагрузку на суды?

Представляется, что обособление стадии подготовки обусловлено необходимостью учесть специфику соответствующей процессуальной деятельности предварительного характера. Речь идет о возможности использования качественно своеобразных процессуальных средств, применение которых на стадии подготовки допустимо или эффективно, а на стадии судебного рассмотрения – неэффективно или недопустимо. Своеобразие процессуальной деятельности детерминирует отличие подготовки от судебного рассмотрения, формирует ее сущность и является ориентиром в установлении целей. Иначе говоря, подготовка призвана вобрать в себя ту необходимую процессуальную деятельность (направленную на повышение эффективности гражданского судопроизводства), которая невозможна или неэффективна на стадии судебного рассмотрения.

Подобный предварительный характер, требующий специфических процессуальных средств, по нашему мнению, прежде всего присущ процессуальной деятельности по установлению субъектного состава лиц,

участвующих в деле, и их правовых позиций, требований и возражений. Справедливое судебное рассмотрение возможно только, если к нему привлечены все лица, права или интересы которых могут быть затронуты будущим судебным решением. Эти лица должны быть заблаговременно уведомлены о сути спора, времени и месте судебного рассмотрения, а также иметь достаточно времени и возможностей для подготовки к участию в судебном рассмотрении.

Ответчик, также, как и истец, вправе доказывать свою позицию, а для организации доказывания ему необходимо время на сбор доказательств, обращение в суд с ходатайством об их истребовании или о назначении экспертизы и т. д. Эта деятельность не просто требует времени, она носит предварительный характер, так как должна совершаться до судебного заседания.

Немаловажно и то, что позиция ответчика очень существенна для истца. Возможно, часть требований или обстоятельств будет признана ответчиком, и доказывать их нет необходимости. Возможно, ответчик не ограничится отрицанием притязаний истца, а выдвинет своеобразное правовое обоснование собственной позиции, которое должно быть проработано истцом для формирования контраргументов. Таким образом, позиция ответчика должна стать известна не только суду, но и истцу, другим лицам, участвующим в деле.

Аналогично обстоит дело и с привлечением к участию в деле всех заинтересованных лиц. Поскольку спор касается их прав и интересов, они должны знать о его судебном рассмотрении и иметь возможность воспользоваться своими процессуальными правами. Непривлечение в процесс всех лиц, на права и интересы которых будет влиять судебное решение, изначально делает незаконным все судопроизводство. Для реализации своих процессуальных прав эти лица также должны иметь время и возможности. Кроме того, позиция лиц, участвующих в деле, по сути исковых требований и возражений должна быть заблаговременно известна суду и другим лицам, участвующим в деле.

Установление субъектного состава дела, привлечение всех заинтересованных лиц, создание ситуации прозрачности, взаимной осведомленности о требованиях, возражениях, доказательствах всех лиц, участвующих в деле, представляет собой ту качественно своеобразную деятельность предварительного характера, которая должна быть проведена до начала судебного рассмотрения. Перенесение этого объема процессуальной деятельности на стадию судебного рассмотрения приведет не только к неэффективности судопроизводства, но и к нарушению прав и интересов участников процесса, поставит под угрозу законность будущего судебного решения. Соответственно, непосредственные цели подготовки, по нашему мнению, заключаются в привлечении к участию в деле всех заинтересованных лиц и выяснении позиции ответчика, а также иных лиц, участвующих в деле.

Кроме непосредственных целей подготовки, разрешение которых без ущерба для законности всего процесса в целом возможно только на стадии подготовки, существует ряд вопросов, которые целесообразно рассмотреть на ранних стадиях процесса. Это вопросы, связанные с доказыванием: истребование доказательств по ходатайству лиц, участвующих в деле, назначение экспертизы и т. п. Заметим, что подобные вопросы могут быть разрешены и в судебном заседании. Однако, чем раньше они будут решены, тем меньше времени займет судебное рассмотрение. Поэтому целесообразность совершения этих действий на стадии подготовки продиктована направленностью на сокращение длительности судебного рассмотрения, что побуждает нас квалифицировать разрешение ходатайств лиц, участвующих в деле, связанных с доказыванием, в качестве дополнительной цели стадии подготовки.

Такие вопросы, как обеспечение иска, совершение сторонами распорядительных действий и т. п. подлежат разрешению тогда, когда они возникли, они не специфичны для подготовки или для судебного рассмотрения. В то же время они должны быть разрешены в максимально сжатые сроки. Поэтому соответствующая процессуальная деятельность по разрешению подобных вопросов является неосновной, однако неизбежна.

Полагаем, что схожий характер имеет и деятельность суда, направленная на примирение сторон. Примирение сторон – цель гражданского судопроизводства, наверное, даже более предпочтительная, чем правильное и своевременное разрешение спора. На поиск возможностей примирения сторон должна быть ориентирована вся процессуальная деятельность. В тот момент, когда появились предпосылки для примирения, суду следует прибегнуть к тем процессуальным возможностям, которые дает ему законодательство. Несомненно, если возможность примирения существует, то чем раньше примирение будет достигнуто, тем лучше.

Принимая во внимание изложенное, нам представляется неконструктивным широкое толкование целей стадии подготовки гражданского дела к судебному рассмотрению за счет декларативных, аморфных и неконкретных положений, исполнение или неисполнение которых не поддается ни проверке, ни оценке. Эффективности гражданского судопроизводства будет способствовать формирование и закрепление в законодательстве достижимых, реальных и конкретных целей, соответствующих предварительно-обеспечительному назначению рассматриваемой стадии.

Таковыми целями, по нашему мнению, являются:

- привлечение к участию в деле всех заинтересованных лиц;
- выяснение позиции ответчика и иных лиц, участвующих в деле;
- разрешение ходатайств лиц, участвующих в деле, связанных с доказыванием: истребование доказательств, назначение экспертизы, осмотр доказательств и т. п.

Позиционирование указанных выше положений в качестве целей подготовки дела к судебному рассмотрению не исключает разрешения универсальных задач судопроизводства, к которым относится способство-

вание примирению сторон, создание условий для реализации распорядительных прав сторон, обеспечение иска и т. д.⁹

Концепция правового регулирования подготовительного производства предусматривает и определение его задач. Очевидно, что эти задачи должны быть производны от тех целей, которые были определены выше. Они конкретизируют, какие подготовительные действия и в какой последовательности должны быть совершены судом и участниками судебного процесса.

Обращаясь к научным разработкам, можно увидеть большую степень общности представленных позиций.

Так, по мнению В.Ф. Ковина, в процессе подготовки дела следует решить следующие задачи: а) определить предмет доказывания; б) определить состав лиц, участвующих в деле; в) определить круг доказательств, необходимых для разрешения дела, и обеспечить их своевременное представление; г) принять должные меры к обеспечению полноты и свободы осуществления участниками процесса их субъективных прав и обязанностей; д) разрешить вопросы, связанные с назначением дела к судебному разбирательству и подготовкой судебного заседания¹⁰.

Н.Л. Бондаренко-Зелинская задачами подготовки называет: правовую квалификацию спорного правоотношения; определение предмета доказывания; определение состава участников процесса, их процессуального положения и обеспечение своевременной явки этих субъектов в суд; содействие урегулированию спора до судебного рассмотрения (в т. ч. путем примирения)¹¹.

М.Л. Скуратовский дополняет задачи, стоящие при подготовке дела, следующими: установление полномочий суда на рассмотрение данного дела; принятие всех возможных мер для извещения лиц, участвующих в деле, о судебном процессе; обеспечение надлежащего состава суда; организация судебного процесса¹². Подобные взгляды изложены и в работах других авторов.

Полагаем, что в такой редакции задач подготовительного производства есть весомые основания ставить вопрос в реальной возможности их достижимости. Можно поставить вопрос еще шире – в декларативном характере заявляемых задач, тем самым изменения сущности подготовки дела к судебному рассмотрению.

Например, задачи установления правоотношения, его квалификации, материальных норм вызывают больше вопросов, чем способствуют осмыслению природы подготовительного производства и повышения эффективности гражданского судопроизводства.

Что значит словосочетание суд устанавливает правоотношение (определяет его характер)? Каким образом, в ходе каких процессуальных действий суд осуществляет это действие? Как отобразить результат разрешения подобных задач? Какое значение будут иметь результаты выполненных задач для дальнейшего хода процесса?

Представляется, что указанные выше моменты являются частью юридического процесса правоприменения, действующего на всех этапах и стадиях судопроизводства. К установлению характера правоотношения движется суд в течение всего судебного процесса, однако устанавливает его только в судебном решении. До судебного решения мнение суда о правоотношении может измениться, и неоднократно. Правоотношение – сложная доктринальная конструкция. Правоотношению свойственна динамика возникновения, изменения, прекращения. Какие аспекты правоотношения может и должен установить суд, тем более, на стадии подготовки, не исследуя доказательств? По нашему мнению, установление правоотношений является ориентиром, к которому следует стремиться в ходе рассмотрения дела, однако это не задача стадии подготовки.

Аналогична ситуация с законодательством, подлежащим применению. Исследовав позиции лиц, участвующих в деле, суд может лишь сделать предварительный вывод о наиболее вероятных правовых основаниях требований и возражений, о нормах права, подлежащих применению. На стадии подготовки суд, как правило, не владеет фактами. Правовая квалификация возможна лишь в отношении установленных фактов, которые, в свою очередь, устанавливаются преимущественно путем исследования допустимых средств доказывания. Закончив подготовку, суд знает о средствах доказывания, которые стороны планируют использовать для подтверждения своих требований и возражений, однако не обладает информацией об их содержании и тем более – об их допустимости. В такой ситуации нельзя говорить о том, что суд определил закон, подлежащий применению.

Поэтому мы полагаем, что подобные задачи имеют скорее декларативный, весьма ориентировочный характер.

Задачи определения предмета доказывания, круга доказательств, необходимых для разрешения дела и обеспечения их своевременного предоставления, вступают в конфликт с действием принципов состязательности и диспозитивности. Каждая из сторон определила для себя предмет доказывания и доказательства, необходимые для исполнения бремени доказывания. Возможности суда повлиять на принятые сторонами решения минимальны. Суд может лишь отказать в исследовании обстоятельств, которые не имеют существенного значения для разрешения дела. И то, такое решение не может быть принято вне судебного заседания, без заслушивания сторон по этому вопросу по правилам состязательной процедуры. Может ли суд что-то добавить? Поставить на обсуждение вопросы, на которые стороны не ссылались? По своей инициативе истребовать доказательства? Предложить сторонам подать дополнительные доказательства? В соответствии с действующим законодательством следует дать отрицательный ответ на поставленные вопросы. Однако даже если принять во внимание возможность изменения законодательства и реализации более гибкого подхода к процессу доказывания, то такая деятельность суда возможна только лишь после исследования дока-

зательств, предоставленных сторонами, и в том случае, когда стороны сами не скорректируют свою позицию в направлении, которое, по мнению суда, в данном случае правильно. Поэтому задачи определения предмета доказывания, круга доказательств, необходимых для разрешения дела и обеспечения их своевременного предоставления, видятся нам весьма спорными.

В отношении таких задач, как установление полномочий суда на рассмотрение данного дела, обеспечение надлежащего состава суда, организация судебного процесса, то мы поддерживаем Я.Х. Бекова в том, что такие задачи являются универсальными для любой стадии процесса¹³. Поскольку они неспецифичны, то и влияние их на суть стадии подготовки минимально¹⁴.

Продолжая авторские рассуждения в избранном контексте, подчеркнем, что научное обоснование задач подготовки дела к судебному разбирательству еще далеко до своего логического завершения. Тем более, важно в этих условиях определить основные направления осуществления судом и участниками судебного процесса подготовительной процессуальной деятельности и их надлежащий учет в гражданском процессуальном законодательстве. Как мы уже отмечали, таким направлениями являются привлечение к участию в деле всех заинтересованных лиц, выяснение правовой позиции ответчика и иных лиц, участвующих в деле; разрешение разного рода ходатайств лиц, участвующих в деле, связанных с доказыванием, а также деятельность, направленная на урегулирование спора. Это та деятельность, которая вытекает из природы подготовительного производства.

Таковы, на наш взгляд, основные проблемные аспекты подготовительного производства, которые должны найти свое разрешение при концептуальном осмыслении содержания стадий гражданского судопроизводства и повышения их эффективности.

¹ Шумейко Е.С. Подготовка дел к судебному разбирательству: дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 15.

² Бондаренко-Зелінська Н.Л. Підготовка цивільних справ до судового розгляду як стадія цивільного процесу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. С. 4.

³ Васильев С.В. Хозяйственное судопроизводство Украины: учеб. пособ. Харьков: Эспада, 2002. С. 152; Луспенник Д.Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції. Харків: Харків юридичний, 2006. С. 144.

⁴ Скуратовский М.Л. Подготовка дела к судебному разбирательству в арбитражном суде первой инстанции: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 14–16.

⁵ Стоянова Т.А. Визначення та місце стадії провадження у справі до судового розгляду в цивільному процесі України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 60. С. 408.

⁶ Закирова Д.И. Подготовка гражданских дел к судебному разбирательству: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015. С. 7.

⁷ Беков Я.Х. Подготовка дел к судебному разбирательству в гражданском судопроизводстве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. С. 6.

⁸ Фурса С.Я., Щербак С.В., Євтушенко О.І. Цивільний процес України: проблеми і перспективи: наук.-практ. посіб. Київ: Видавель Фурса С.Я.: КНТ, 2006. С. 48–58.

⁹ Джавадов Х.А. Проблеми ефективності цивільного судочинства. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. С. 211–213.

¹⁰ 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. 9–10.

¹² Скуратовский М.Л. Подготовка дела к судебному разбирательству в арбитражном суде первой инстанции: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 6.

¹³ Беков Я.Х. Подготовка дел к судебному разбирательству в гражданском судопроизводстве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. С. 12.

¹⁴ Джавадов Х.А. Проблеми ефективності цивільного судочинства. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. С. 208–210.

Резюме

Джавадов Х.А. До питання про концепцію правового регулювання підготовчого провадження в цивільному процесі.

Стаття присвячена дослідженню проблемних аспектів правового регулювання підготовки цивільних справ до судового розгляду. Обґрунтовується, що відокремлення стадії підготовки зумовлено необхідністю врахувати специфіку відповідної процесуальної діяльності попереднього характеру. Дослідник аргументує, що попередній характер, який вимагає специфічних процесуальних засобів, притаманний процесуальній діяльності щодо встановлення суб'єктного складу осіб, які беруть участь у справі та їхніх правових позицій, вимог і заперечень. Вважаємо, що підготовчий характер має і діяльність суду, спрямована на примирення сторін. Примирення сторін – це мета цивільного судочинства.

Концепція правового регулювання підготовчого провадження передбачає і визначення його завдань. Саме завдання конкретизують, які підготовчі дії та в якій послідовності повинні бути здійснені судом і учасниками судового процесу. З урахуванням запропонованих законодавцем і доктриною завдань підготовчого провадження вважаємо правомірною постановку питання про реальну можливість їхнього здійснення.

Ключові слова: підготовче провадження, суд, учасники судового процесу, примирення сторін, доказова діяльність.

Резюме

Джавадов Х.А. К вопросу о концепции правового регулирования подготовительного производства в гражданском процессе.

Статья посвящена исследованию проблемных аспектов правового регулирования подготовки гражданских дел к судебному разбирательству. Обосновывается, что обособление стадии подготовки обусловлено необходимостью учесть специфику соответ-

ствующей процессуальной деятельности предварительного характера. Исследователь аргументирует, что предварительный характер, требующий специфических процессуальных средств, присущ процессуальной деятельности по установлению субъектного состава лиц, участвующих в деле, и их правовых позиций, требований и возражений. Полагаем, что подготовительный характер имеет и деятельность суда, направленная на примирение сторон. Примирение сторон – цель гражданского судопроизводства.

Концепция правового регулирования подготовительного производства предусматривает и определение его задач. Именно задачи конкретизируют, какие подготовительные действия и в какой последовательности должны быть совершены судом и участниками судебного процесса. С учетом предлагаемых законодателем и доктриной редакций задач подготовительного производства полагаем правомерной постановку вопроса о реальной возможности их осуществления.

Ключевые слова: подготовительное производство, суд, участники судебного процесса, примирение сторон, доказательственная деятельность.

Summary

Hikmat Javadov. On the issue of the concept of legal regulation of preparatory proceedings in civil procedure.

The article covers the study of problematic aspects of legal regulation of the preparation of civil cases for trial. It is substantiated that normative regulation of the staging of civil procedure should include the definition of goals and objectives of a specific stage of civil procedural activity, which will contribute to understanding the place of preparatory judicial procedures in the structure of civil proceedings, identifying all the systemic connections of its elements.

The separation of the preparation stage is due to the need to take into account the features of the corresponding procedural activity of a preliminary nature. The question is the opportunity of using qualitatively unique procedural means, the use of which is acceptable or effective at the preparation stage and is ineffective or unacceptable at the stage of judicial consideration.

Establishing the parties to a dispute, involving all the persons concerned, creating a situation of transparency, of mutual awareness of the requirements, objections, evidence of all persons participating in the dispute, is a qualitatively unique activity of a preliminary nature that must be carried out before the start of the trial. The transfer of procedural activity to the stage of judicial consideration will lead not only to ineffectiveness of the proceedings, but also to the violation of the rights and interests of the participants, and jeopardize the lawfulness of the upcoming judgment.

In addition to the immediate goals of preparation, there is a number of issues that are advisable to consider at the early stages of the procedure. These are the issues related to proving: the discovery of evidence on the motion of the persons participating in the dispute, the appointment of an examination, etc. The expediency of these actions at the preparation stage is dictated by the focus on reducing the duration of the judicial consideration.

We believe that the activity of the court aimed at conciliation of the parties is also of a preparatory nature. All procedural activities should be focused on the search for opportunities for conciliation of the parties. At the moment when the preconditions for conciliation have appeared, the court should resort to the procedural possibilities the law offers.

The concept of legal regulation of preparatory proceedings also provides for the definition of its objectives. It is the objectives which concretize the preparatory actions and their sequence to be performed by the court and the participants in the dispute. Taking into account the objectives of preparatory proceedings proposed by the legislator and the doctrine concerning preparatory proceedings, we consider it legitimate to put the question of the real possibility of their implementation.

Key words: preparatory proceedings, court, participants in the dispute, conciliation of the parties, evidentiary activity.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.38

UDC 347.1

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

RIGHT TO DEFENSE AND SUBJECTIVE CIVIL RIGHT: THEORETICAL ISSUES TO RESEARCH

The axiological nature of law lies in its ability to ensure the realization of equal opportunities in society. Its effectiveness is associated with compliance with relevant regulations. Due to this, law is the most effective regulator of public relations. V. Gribanov once stressed that law, proclaimed in a legal act, but not provided by the state with the necessary measures of protection, can only count on voluntary respect on the part of unauthorized persons, acquiring the status of only a morally secured right, which rests only on the authority of the state and high legal awareness of members of society [1, p. 104].

Adding to the opinion of this prominent civil law scholar, it should be noted that legal protection is the most effective means of ensuring effectiveness in the legal regulation of civil relations, and the effectiveness of its functioning is an important part of the modern problem in civil law.

© A. Kostruba, 2020

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

The general principles of individual rights defense are declared in Article 8 of the Constitution of Ukraine, according to which appeals to the court in defense of the constitutional human and civil rights and freedoms directly on the grounds of the Constitution of Ukraine are guaranteed. The constitutional and legal norms-principles established by the state require active law-making activities on the part of public authorities of Ukraine, which should be on a proper scientific basis.

The conformity of the real situation with the ideal legal model is achieved through the lawful behavior of participants in public relations. Thus, the possibilities established in the norms of objective law are transformed, through legal facts, into individualized legal claims, which give rise to the subjective right of a person. As a result of the exercise of subjective civil rights and the performance of corresponding legal obligations, the realization of legal relations takes place between their participants.

Going beyond the legal regulation of public relations leads to intensifying legal coercion, the purpose of which is to order the legal relations within which the violation occurred. The stabilization is achieved through the exercise of certain powers of the subjective right of an individual, one of which is the right to defense.

The right to defense means the possibility of an authorized person to use the legally permitted means of coercive influence on the violator, to apply measures of operational influence to them, as well as the possibility to apply to the competent governmental or non-governmental authorities to encourage the obliged person to a certain lawful conduct [1, p. 105]. This understanding of this legal institution is traditional for civil legal science.

It should be noted that the legal nature of the right to defense is debatable in modern civil legal science. Diverse scientific opinions make it necessary to search for an answer to this question in the context of the subject of this research.

Thus, for the time being, two opposing views on the legal nature of the right to defense have been formed.

According to the first view, the right to defense is a component of a subjective civil right.

In this aspect, one should cite V. Grybanov's opinion: "There is no doubt that the right to apply to the competent governmental or non-governmental authorities for the defense of a violated right is inextricably linked with the subjective material right in at least two respects: firstly, it arises only in violation of a subjective civil right or its appeal by other persons; and secondly, the nature of the claim for the defense of a right is determined by the nature of the violated or contested material right, the content and purpose of which mainly determine the method for protecting the right. Therefore, from the material and legal point of view, there are no obstacles to regard the right to protection in its material and legal aspect as one of the powers of the subjective civil right itself..." [1, p. 106].

This logic of the scholar gives reason for reaching the following conclusion.

If the power to defense is a component of the subjective civil right as a structural element of a civil relationship, the exercise of the right to defense occurs at a certain stage of development of this single legal relationship. Therefore, it is inappropriate to distinguish another type of civil relationship between the same subjects, concerning the same object, and with the same scope of powers. In case of violation of a subjective civil right, the right to defense as its element becomes specifically tensed, as a result of which the victim has the opportunity to exercise the right to defense [2; 3].

The theoretical position of other scholars (P. Yeliseikin, Ye. Motovilovker, Z. Romovska, P. Krashennynnikov) is that right to defense is independent in relation to subjective civil right. Such a right to defense is exercised within the framework of another type of legal relationship, the content of which is rather not in law enforcement, but in their configuration, which involves actions aimed at restoring the state of relations before the violation. Therefore, such relations are compensatory in nature. From the above, it is obvious to conclude that the right to defense is exercised outside the development of regulatory legal relationship.

Proponents of this view, in particular A. Vlasova, substantiate it in the following way.

Firstly, if we assume that the right to sue is an integral part of a subjective right, it must be recognized that its establishment precedes the existence of a legal obligation corresponding to it. In this case, for example, the vindication claim will be manifested before the obligation of the illegal possessor to return a thing to its owner arises.

Secondly, the consolidation of the right to defense as one of the powers of a subjective civil right indicates that the emergence of the right to sue, and, accordingly, the statute of limitations, is associated with the acquisition of a subjective civil right by a person. In other words, the right to defense exists in the absence of a violation. In view of this, right to defense is not an element of subjective civil right. This right is the independent subjective right [4, p. 123].

Subjective civil right is an extent of the possible behavior of the participants in a civil relationship. This extent of behavior reflects the relevant powers during their exercise. The nature and scope of such powers correspond to the type of legal relations in which they are exercised. In the context of dividing civil relations into regulatory and protective ones, the content of such powers is configured depending on the purpose of particular legal regulation.

Thus, it is characteristic of regulatory legal relations that they arise on the basis of dispositive legal norms, are generated by life circumstances within the relevant legal models of behavior and are aimed at achieving the particular goal of legal regulation of the relations. Ensuring their effectiveness is achieved through the following powers, constituting the content of regulatory relations: the right to one's own action, the right to demand the necessary behavior from the obliged person.

In turn, the nature of protective legal relations is related to the substandard conditions for the exercise of regulatory relations (arising as a response to illegal actions of their participants, aimed at restoring the legal status of participants in a civil relationship prior to the violation (damages, restitution, etc.), connected with active legal activities of the law enforcement body). This is achieved through such a power as the power of defense. Given the nature

of regulatory legal relations, the assignment of the power of defense to the structure of subjective civil rights is inappropriate due to the lack of grounds for its exercise within the relevant legal relationship.

Thus, we can state that there are bipolar forms of exercising subjective civil rights in the structure of civil relationships, different in nature.

Subjective civil right and right to defense are different legal categories, as they have different legal grounds for their arising, different structure and direction of the participants' action, different duration.

The basis for a subjective civil right is a lawful action or event established by the relevant regulator of civil relations and having regulatory legal significance for their participants. In turn, the basis for the right to defense is the existence of unlawful legal facts.

In matter, subjective civil right is aimed at satisfying a legal interest of the participants in a legal relationship during its exercise, while the right to defense is aimed at correcting the defect of a civil relationship in order to further their proper exercise.

After all, subjective civil right remains in effect for a period of its exercise established by the parties from the moment of expressing their will, while the emergence of the right to defense is directly related to the violation of a subjective civil right or a legal interest and remains in effect for a specified period (statute of limitations), the expiration of which terminates the relevant right.

A certain completeness is provided to the theory of the independence of the right to defense from a subjective civil right, with which the author of this research agrees, by distinguishing three powers in the structure of the right to defense, namely: 1) the ability (power) to perform independent factual actions to protect the right (using means of self-defense) or independent legal actions for restoring the right (employing the means of operational influence); 2) the ability (power) to require public authorities to compulsorily restore the violated right (using remedies); 3) the ability (power) to protect the right, to claim (using coercive means in the new protective legal relationship) [5, p. 21].

Thus, we can conclude that subjective civil right ensures the realization of civil relations within the patterns of behavior agreed between their participants. Such realization is achieved through the powers constituting the content of subjective civil right (the power of one's own action and the power of claim).

A possible direction for the development of legal regulation of civil relations is the establishment of objective circumstances of reality, subjective factors of deviant nature or unlawful actions of third parties, due to which there is an emergence of obstacles to the normal development of regulatory relations that hinder or do not allow completely to ensure the exercise of the rights and obligations of the subjects of legal relations (defects of legal fact). Under such conditions, the legal regulation of civil relations cannot ensure the realization of a certain legal pattern agreed by their participants. In this case, there is a structural transformation in the legal regulation of civil relations [6, p. 54].

The emergence of a protective legal relationship is accompanied by the formation of its content, the basis of which is the powers ensuring its proper realization, that is the right to defense of participants in these legal relations.

That is, subjective civil right is expressed in the following forms, depending on the type of civil relations: 1) regulatory subjective civil right, which is the content of regulatory relations with a certain set of functional powers; and 2) compensatory subjective civil right, which is the content of protective relations with a set of defined powers, respectively.

However, this refers to the civil aspect of the structure of the content of a legal relationship.

Considering the structure of legal relations in the general theoretical context, we should note that its content is indeed a subjective civil right as "... extent of possible behavior of a person, ensured by law ..." [7, p. 13], which consists of the three powers (the right of one's own action, the right to claim and the right to defense), which S. Braut was the first to draw attention to.

Depending on the functional meaning of the nature of civil relations, subjective civil right is configured with a variable set of powers. We should note that the above model of civil relations is the subject of scientific debate on the place of right to defense in the structure of subjective civil right.

In our opinion, there is no point in such a debate, because each of the above points of view does not exclude right to defense from the structure of legal relations, as well as from the body of subjective civil right. The question is that the study of this problem takes place in different theoretical dimensions.

If one considers the structure of subjective civil right in the general theoretical context, decidedly the theoretical model of the legal relationship structurally consists of the construction of legal obligation and subjective civil right. In turn, the latter is a synthesis of three powers: the power of claim, the power of one's own action and the power of defense.

In examining the structure of legal relations in the sectoral aspect, from the standpoint of civil law, the same powers are differentiated depending on the protective or regulatory type of civil relations.

Assigning the power of defense to the component of subjective civil right narrows the scope of exercising this power to the exercise of the relevant subjective civil right, an element of which it is. In this case, some legal constructions, related to a subjective civil right, are outside legal influence as a measure of possible behavior. The existence of such constructions should provide for a proper form of exercising civil relations, since subjective civil right may not fully reflect the existing legitimate aspirations of subjects of civil relations because of its specificity. These constructions include the one of legal interest. Thus, the legal possibilities guaranteed by the state are not limited to subjective civil right. Being mediated by natural law, such possibilities include the individual's aspiration to satisfy his or her personal needs as a reflection of the degree of individual freedom that does not have the appropriate physical form of expression.

The etymological meaning of the word “interest” includes: a) attention to someone or something, involvement with someone, something; curiosity, engagement; b) weight; value; c) something that interests someone the most, which is the content of one’s thoughts and worries; d) aspirations, needs; e) something that benefits someone or something, meets one’s aspirations, needs, gives advantage, benefit, profit. In the general sociological sense, the category of “interest” is perceived as an objectively existing and subjectively understood social need, as a motive, stimulus, inducement, prod; in psychology it is perceived as the individual’s attitude to the matter as to something valuable, attracting [8].

This position of the Constitutional Court of Ukraine is based on the general approach to understanding the category of “interest” as a form of expression of the selective individual’s attitude to the object, determined by its vital importance and emotional attractiveness [9, p. 24]. Thus, the individual’s interest lies in the possibility of the realization of its meaning, ensured by legal means of influence. On the other hand, a legal norm forms the “legality” of interest as a form of expression of unlawful aspiration, reflected in the pattern of behavior of a person.

Thus, in legal acts, taking into account its etymological, general sociological, and psychological meanings, the term “interest” is used in the broad or narrow sense as an independent object of legal relations, the realization of which is satisfied or blocked with regulatory means. An example of the use of the term “interest” in the broad sense is the Constitution of Ukraine, many articles of which (Articles 18, 32, 34, 35, 36, 39, 41, 44, 79, 89, 104, 121, 127, 140) emphasize national interests; interests of national security; interests of economic well-being, territorial integrity, public order, health and morality of people; political, economic, social, cultural interests; interests of society; interests of all fellow citizens; interests of a citizen; interests of the state; common interests of territorial communities of villages, towns and cities, etc. [8]. Pointing at the existence of such interests, the Constitution of Ukraine emphasizes the need to ensure them (Article 18), to serve them (Article 36) or to protect them (Articles 44, 127).

In the literature, the legal essence of the legitimate interest is well-researched by I. Venediktova, who, on the basis of the analysis conducted, limits this category to the following aspects:

- a) the existence of the legitimate interest is not possible without the urge to possess a benefit that can meet the need of the person;
- b) such an urge may not contradict the law;
- c) the benefit to which a person urges cannot be unlawful;
- d) it is necessary that the bearer of interest should carry out deliberate actions in order to obtain the benefit;
- e) the legitimate interest is a prerequisite for exercising a subjective civil right, is out of it, but is in the structure of social relations. Subjective civil right is a means of realizing a legitimate interest, consisting of the social need for such behavior. Through the realization of subjective civil rights, the interest is embodied in legal relations governed by private law;
- f) is an independent object of legal protection;
- g) the legitimate interest belongs to an individual, due to his individual qualities, efforts, motives, goals, needs [9, p. 109–114].

It should be noted that the problem of the relationship between legal interest and subjective civil right has a different vector of research. The eclecticism of these two phenomena in law inspires scientists to combine them. Thus, Rudolf von Jhering believed that interest is a component of right. Examining the right as a protected interest, he argues that its exercise is ensured by aligning the interests of social groups. Interest forms the substance of subjective right, is its essential moment. This idea is unexpectedly developed in the works of O. Ioffe, A. Venediktov, Yu. Tolstoy, who argue that interest is an integral part of subjective civil right. “Just as class interest determines the content of the will of the ruling class, which has been enshrined in law, so the individual interest of the authorized person determines the content of his will, filling it with the real social content, without which the concept of will would be an empty abstraction. If it is true that the nature of right manifests itself primarily in the nature of interest satisfied by the right, that the loss of the socially significant interest leads to the loss of the right, then there is every reason to include interest in the definition of subjective right...” [10, p. 45; 11, p. 49; 12, p. 38].

The general sense of the given position of scholars is systematized by Ye. Motovilovker in the following statement. “...Any subjective right is a person’s right of his or another person’s action aimed at serving the interest of the authorized subject. The meaning, content, purpose of the behavioral act in exercising the subjective right, is clearly determined by the certainty of the interest of the authorized person. And we will get a completely poor abstraction if we define the subjective right, looking aside the interest of the right holder” [13, p. 52–62].

This position has been reasonably criticized by other scholars, including the author of this research.

Interest is not a part or component of subjective civil right, it is not included in its structure, but exists separately, as a prerequisite and purpose of this subjective civil right. In furtherance of this position, there is a reasonable R. Stefanchuk’s opinion, who points out that if subjective civil right contained interest, the law couldn’t state, for example, “civil rights and interests”, as the first category would absorb the second one and would erode its legal sense and eliminate the need for legal self-identification [14, p. 109].

In addition, it should be added that in Ukrainian civil law the criterion for distinguishing between subjective civil right and legal interest is the method of their legal protection. In the first case, the scope of such methods is due to the structure of subjective civil right (the power of one’s own action and the power of claim). The subjective civil right is protected by both passive and active obligations of other participants in civil relations (deal invalidation, suspension of the action violating the right, restoration of the situation having existed before the violation, enforcement in kind, change in the legal relationship, termination of the legal relationship, compensation for damages and

other methods of compensation for pecuniary damage, compensation for moral (non-pecuniary) damage, etc.). In the same way and within its content, the rights of the participant in a regulatory legal relationship are protected.

The legal safeguarding of the protection of a legal interest has a different legal nature. Without being embodied in a subjective civil right, legal interest as an obvious individual's aspiration is subject to protection without being limited to the content of the civil relationship in which the subject has an interest. The category of interest has a greater degree of theoretical abstraction than subjective civil right. Interest is a subjective value of a person's aspiration, while subjective civil right is an extent of a person's behavior coordinated with the will of another participant in the relationship. That is, subjective civil right is a specific subjective value of the aspirations of all participants in the legal relationship, laid down in the appropriate legal form.

While a person's affiliation with his or her subjective civil right, which is protected within the protective relationship is obvious, determining the nature of a person's legal interest in relation to the range of civil relations, the protection of which is required, requires further clarification. The application of methods of protecting the legal interest of a person, whose subjective civil right is absent within the specific regulatory legal relationship, must have its limits. Due to the abstractness of legal interest in relation to a particular subjective civil right, the need to protect such an interest requires its justification in the obvious violation of the relevant right. Otherwise, the presumed protection of the interest will lead to the abuse of the relevant right, in particular the procedural one. At the same time, it should be recognized that research on the problems of the legal nature of legitimate interest and forms of its protection of the Soviet and post-Soviet periods, do not resolve the issue of establishing the optimal model of the inter-relationship between "possibility" and "potency" of protecting the person's interest in the absence of the person's subjective civil right.

Thus, considering the legal interest as the aspiration to make use of a particular value, as simple legitimate permission being due to the general content of the objective and not directly mediated in a subjective right, the person concerned has the opportunity of turning to court to satisfy individual and collective needs even when their actual affiliation with that person is reasonably doubted. Thus, the criterion of the degree of indirectness in the subjective right of such individual's aspiration is not established in Ukrainian legislation and is a discretion of the court.

For example, a *mala fide* person, subjectively considering themselves interested in receiving some material benefit, or in another person's not receiving them, has a procedural ability to appeal against the adopted law enforcement acts without objective legal motivation. But the court's reaching the appropriate conclusion and confirming its position on the case by adopting the relevant judicial act may take a lot of time, which will not benefit a *bona fide* party in the civil relationship. Therefore, the doctrinal definition of the limits of a person's legal interest in legal relations is essential for its potential protection in the field of law enforcement.

We believe that the mechanism for the realization of legal interest in civil relations, in the structure of which the active person has no subjective civil rights, is determined by this person's potential ability to ensure the protection of their own subjective civil rights in other legal relations, corresponding to the first ones. That is, the formula is that *the protection of a person's legal interest not mediated in a subjective right should ensure the protection of the corresponding subjective civil right in related legal relations*. The formation of a person's legal interest is generated from the existing subjective civil right in related legal relations, the protection of which is ensured through the relevant interest.

The above is confirmed in the legal position of the Supreme Court, set out in the decision of the Commercial Court of Cassation in case № 923/20/17 of 02 May 2018. "... The conclusion of contracts, the sum of which is above the sum prescribed in the statute, without the consent of the general meeting of participants, by the director of the company violates the plaintiff's corporate rights to manage the affairs of such a company, which consist in the consent of the company members in the form of the decision of the general meeting of participants, to enter into such agreements..." [15].

In a similar situation, while reviewing the case № 5015/3721/12 in cassation, the Supreme Court of Ukraine concluded that there were grounds to satisfy the LLC participant's claim to invalidate the disputed sales contract of immovable property, entered into by the defendants. The Court also agreed with the conclusions of the lower courts that *the plaintiff as a company member has the right to protect his corporate rights and the right to sue for invalidation of the disputed contract, and that his chosen method of protecting his violated right and legally protected interest is in compliance with the methods for protecting a right established by Article 16 of the Civil Code of Ukraine, and the right to choose it is provided by Article 215 of the Civil Code of Ukraine* [16].

Thus, the existence of a legitimate interest of a company member, the protection of which is exercised by filing a relevant lawsuit, is due to the protection of their subjective civil right in the corporate relationship between the member and the company. Thus, the deal invalidation, which may affect the financial condition of the enterprise, guarantees protection of the company member's rights to get dividends from the results of business activities of the company.

In this case, the plaintiff's legitimate interest in challenging the deals entered into arises from their subjective corporate right as a company member.

In this context the legal position of the European Court of Human Rights in *Vatan v. Russia* is illustrative. In considering the case, the Court found that the identity of the organization (within the meaning of Article 34 of the Convention) may extend beyond its own legal personality so as to comprise several legal persons. The Court noted that the term "victim" used in Article 34 of the Convention denotes the person directly affected by the act or omission which is at issue (see *Eckle v. Germany*, judgment of 15 July 1982, § 66). The Court further recalls that accep-

ting an application from a “person” indirectly affected by the alleged violation will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the direct victim to apply to the Court through the organs set up under its articles of incorporation (see *Agrotexim and Others v. Greece*, judgment of 24 October 1995, § 66) [17]. In such a case, the court proceeds from the procedural expediency of granting legal protection to a person who considers themselves a victim within the meaning of Article 34 of the Convention.

The above allows us to reach the following conclusions. Ordering of public relations is ensured by means of an appropriate mechanism of legal regulation of public relations. The factor of their effectiveness is the effectiveness of the mechanism of protecting subjective civil rights and legal obligations of the participants in a relationship. This depends not only on a set of legal actions within the relevant legal norm, the purpose of which is to restore the violated state of the subject of law. The object of legal protection is essential, which, in addition to a subjective civil right, is also the person’s legal interest. Thus, the legal abilities guaranteed by the state are not limited to subjective civil right. Being mediated by natural law, such abilities include the individual’s aspiration to satisfy their personal needs as a reflection of the degree of individual freedom, that is *legal interest*.

Legal interest is not a component of subjective civil right. As its prerequisite and purpose, it exists separately, as a result of which it has an independent meaning. In particular, in Ukrainian civil law the criterion for distinguishing between subjective civil right and legal interest is the method of their legal protection.

The mechanism for the realization of legal interest in civil relations, in the structure of which the active person has no subjective civil rights, is determined by this person’s potential ability to ensure the protection of their subjective civil rights in other related legal relations corresponding to the first ones. That is, the formula is that the protection of a person’s legal interest not mediated in a subjective right should ensure the protection of the corresponding subjective civil right in related legal relations. Thus, the formation of a person’s legal interest is generated from the existing subjective civil right, but in related legal relations, the protection of which is ensured through the protection of the legal interest.

The right to defense ensures the proper exercise of a subjective civil right and a legal interest of participants in a civil relationship. Subjective civil right and legal interest arise from the legitimate and have regulatory significance in the dynamics of civil relations.

The right to defense is actualized from the unlawful and has the purpose of correcting a defect in structure of civil relations for the purpose of their proper realization.

Subjective civil right and legal interest reflect the extent of possible behavior of participants in civil relations. This behavior reflects the powers of the participants in civil relations. Thus, in case of regulatory legal relations, ensuring their effectiveness is achieved through such powers as the power to one’s own action and the power to demand the necessary behavior from the obliged person. In case of protective legal relations, aimed at restoring the legal status of participants in civil relations, this is achieved through the power of defense. Given the above, subjective civil right and right to defense are not interrelated as the general and the partial.

The right to defense ensures the exercise of subjective civil right and legal interest within the framework of protective legal relations.

¹ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Москва : Статут, 2000. 411 с.

² Братусь Н.С. Юридическая ответственность и законность (очерк теории). Москва : Юрид. лит., 1976. С. 104–107.

³ Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения: моногр. Москва : Статут, 2004. С. 532.

⁴ Власова А.В. Структура субъективного гражданского права: дисс. ... канд. юрид. наук. Ярославль. 1998. 150 с.

⁵ Кархалев Д.Н. Концепция охранительного гражданского правоотношения: дисс. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2010. 407 с.

⁶ Коструба А.В. Юридичні факти в механізмі право припинення цивільних відносин: монографія. Київ : Ін Юре, 2014. 376 с. С. 329–365.

⁷ Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. Москва : Госюриздат, 1950. 360 с.

⁸ Рішення Конституційного суду України від 01 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 (справа про охоронюваний законом інтерес). *Голос України*. № 10.

⁹ Венедіктова І.В. Методологічні засади охоронюваних законом інтересів приватному праві: монографія. Харків : Нове слово, 2011. 260 с.

¹⁰ Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Ленинград : Издательство Ленинградского университета, 1959. 88 с.

¹¹ Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ленинград: Издательство Ленинградского ун-та. 1949. 144 с.

¹² Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность / отв. ред. В.К. Райхер. Москва : Изд-во АН СССР, 1948. 839 с.

¹³ Мотовиловкер Е.Я. Интерес как сущностный момент субъективного права (цивилистический аспект). *Правоведение*. 2008. № 4. С. 52–62.

¹⁴ Стефанчук Р.О. Особисті немайнові прав фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / відп. ред. Я.М. Шевченко. Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління і права, 2007. 625 с.

¹⁵ Постанова Верховного Суду від 02 травня 2018 року по справі 923/20/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74160438#>

¹⁶ Постанова Верховного суду України від 21 травня 2015 року по справі № 3-214гс14. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/42576414>

¹⁷ Case of Vatan v. Russia (Application no. 47978/99): Judgment. European Court of Human Rights, 7 October 2004. HUDOC / European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66924>

Резюме

Коструба А.В. Право захист і суб'єктивне цивільне право: теоретичні питання дослідження.

У статті проведено аналіз понять «суб'єктивне цивільне право» і «право на захист». Набула подальшого розвитку теорія права на захист як самостійного суб'єктивного цивільного права особи. Автором з позиції науки цивільного права розмежовані вказані правові інституції. Надається аргументація стосовно самостійності права на захист щодо суб'єктивного цивільного права. Проте зазначається про загальнотеоретичні особливості у співвідношенні наведених категорій. З позиції теорії права право на захист є однією з правомочностей суб'єктивного цивільного права, яка не має самостійного юридичного значення.

У цивільному праві для регулятивних правовідносин забезпечення їх результативності досягається за допомогою таких конструкцій, як правомочності на власні дії, правомочності вимоги необхідної поведінки від зобов'язаної особи. Для охоронних правовідносин, які скеровані на відновлення правового становища учасників цивільних правовідносин – правомочностей на захист. З огляду на зазначене, суб'єктивне цивільне право і право на захист не співвідносяться між собою за формулою «загальне – часткове». Право на захист забезпечує реалізацію суб'єктивного цивільного права і правового інтересу в межах охоронних правовідносин.

Проведено співвіднесення категорії суб'єктивного цивільного права з категорією правового інтересу. Досліджено механізм реалізації правового інтересу в цивільних правовідносинах, у структурі яких особа не має суб'єктивних цивільних прав. Формування правового інтересу особи генерується з наявного суб'єктивного цивільного права цієї особи, але в суміжних правовідносинах, охорона яких забезпечується за посередництвом захисту правового інтересу.

Ключові слова: правовий інтерес, суб'єктивне цивільне право, право на захист, цивільні правовідносини, правомочності.

Резюме

Коструба А.В. Право на защиту и субъективное гражданское право: теоретические вопросы исследования.

В статье проведен анализ понятий «субъективное гражданское право» и «право на защиту». Получила дальнейшее развитие теория права на защиту в качестве самостоятельного субъективного гражданского права человека. Автором с позиции науки гражданского права разграничены указанные правовые институты. Предоставляется аргументация относительно самостоятельности права на защиту касаясь субъективного гражданского права. Однако отмечаются общетеоретические особенности в соотношении приведенных категорий. С позиции теории права право на защиту является одним из правомочий субъективного гражданского права, которая не имеет самостоятельного юридического значения.

Проведено соотнесение категории субъективного гражданского права с категорией правового интереса. Исследован механизм реализации правового интереса в гражданских правоотношениях, в структуре которых лицо не имеет субъективных гражданских прав. Формирование правового интереса лица генерируется из имеющегося субъективного гражданского права этого лица, но в смежных правоотношениях, охрана которых обеспечивается посредством защиты правового интереса.

Ключевые слова: правовой интерес, субъективное гражданское право, право на защиту, гражданские правоотношения, правомочия.

Summary

Anatolii Kostruba. Right to defense and subjective civil right: theoretical issues to research.

The article analyzes the concepts of subjective civil right and the right to protection. The argument for the independence of the right to protection in relation to subjective civil right is given. However, from the standpoint of the theory of law, the right to protection is one of the powers of subjective civil right, which has no independent legal meaning.

In civil law, in case of regulatory legal relations, ensuring their effectiveness is achieved through such constructions as the power to one's own action and the power to demand the necessary behavior from the obliged person. In case of protective legal relations, aimed at restoring the legal status of participants in civil relations, this is achieved through the power of defense. The right to defense ensures the exercise of subjective civil right and legal interest within the framework of protective legal relations.

The mechanism for the realization of legal interest in civil relations, in the structure of which the active person has no subjective civil rights, is researched. The formation of a person's legal interest is generated from the existing subjective civil right, but in related legal relations, the protection of which is ensured through the protection of the legal interest.

Key words: legal interest, subjective civil right, right to defense, civil relations, powers.

М.П. КУРИЛО, К.О. КУЗЬМЕНКО

*Микола Петрович Курило, доктор юридичних наук, професор, перший проректор Сумського національного аграрного університету**

ORCID: 0000-0003-1496-134X

*Кристіна Олександрівна Кузьменко, аспірантка Сумського національного аграрного університету***

ORCID: 0000-0002-8470-5985

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ІСТОРИЧНОГО РОЗВИТКУ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Постановка проблеми. Ми вважаємо доцільним почати своє наукове дослідження з визначення моменту, коли зародилися перші погляди та уявлення про зловживання правами і, відповідно, можливий механізм протистояння їм. Стародавній Рим нами обрано зовсім не випадково. Римські юристи з завидною точністю розробили основні поняття і категорії сучасного цивільного права і процесу, хоча вони тоді й не знали поділу права на матеріальне і процесуальне. У зв'язку з цим історичний аналіз дає нам унікальну можливість сприйняття права в тому вигляді, в якому воно реально існувало, простежити за його змінами, зрештою, побачити цілісну картину становлення та розвитку правових явищ.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До історичного контексту дослідження проблеми зловживання правом у цивільному судочинстві в межах власних предметів наукового аналізу зверталися О.С. Захарова, В.В. Комаров, В.А. Кройтор, М.П. Курило, Ю.Д. Притика, Г.П. Тимченко, А.О. Ткачук, А.В. Юдін, С.Я. Фурса та інші.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає в аналізі окремих періодів розвитку зловживання правом у цивільному судочинстві.

Виклад основного матеріалу. На нашу думку, методологічно виправданим є погляд на проблему зловживання правами з позиції меж здійснення самих суб'єктивних цивільних прав. Втім, межі здійснення суб'єктивного цивільного права як предмет обговорення належать, за свідченням правознавців, до числа найбільш відомих і спірних в цивілістичній науці¹. Не випадково, перші згадки про зловживання правом та його наслідки для правопорядку в цілому, а також прообрази відповідальності за їх вчинення можна знайти вже у стародавніх пам'ятках права. В.П. Грибанов, аналізуючи роботи римських юристів, відзначав не тільки їх увагу до проблеми, що розглядається, а й можливі шляхи її вирішення. Це дало автору підставу вважати, що проблема зловживання правом була добре відома вже римському праву².

Теза В.П. Грибанова про початок зародження перших уявлень щодо зловживання правом в римському праві знаходить своє підтвердження і продовження в наукових працях інших вчених. О.А. Поротикова називає джерела права Стародавнього Риму і думки римських юристів першою відправною точкою в розумінні проблеми зловмисного здійснення права. Знаходячи згадку у правових пам'ятках про зловживання правом, що мали місце на той час, тим не менш, О.А. Поротикова, слідом за іншими дослідниками, підкреслює другорядну роль римського приватного права у розвитку доктрини зловживання правами³.

Чи було римське цивільне право єдиним базисом вивчення проблеми зловживання правом? В юридичній літературі існують різні точки зору на дане питання. Інколи навіть діаметрально протилежні.

Наприклад, В.С. Перетерський однозначно стверджував, що загальна заборона на зловживання правом, а також дії, які мають єдиною метою заподіяння шкоди іншим особам (шикана) римлянам були невідомі⁴.

В.О. Аболонин на питання, чи можна розглядати зловживання правом як самостійну правову категорію вже в римському праві, давав негативну відповідь, вважаючи, що твердження про зворотне є не що інше, як невдала спроба перенесення явищ сучасної правової дійсності на античний образ мислення. На думку цього автора, окремі постулати римського приватного права, які містяться в Дигестах Юстиніана, а саме: хто здійснює право, той нікому не шкодить, ще не є свідченням несумлінної поведінки. При цьому, цей же вчений зазначає, що римське право вже оперувало такими правовими конструкціями, як застереження про недобросовісність поведінки або кляуза⁵.

О.А. Поротикова, навпаки, підкреслювала, що пам'ятники римського права містили згадування про зловживання правом, хоча і в невеликих кількостях⁶.

© М.П. Курило, К.О. Кузьменко, 2020

* *Mykola Kurylo, Dr. hab. in Law, Professor, First vice-rector of Sumy National Agrarian University*

** *Krystyna Kuzmenko, Postgraduate student of Sumy National Agrarian University*

Наведена нами коротко наукова дискусія показує значну відмінність у теоретичних підходах до визначення джерела перших згадок і уявлень про зловживання правом. Це важливо для нас в аспекті осмислення етапів становлення даного правового інституту.

Звичайно, не варто думати, що проблема здійснення права була чільною для римлян. Тривалий час питання належного застосування права взагалі не існувало, оскільки у спорах між приватними особами, як відомо, держава не брала будь-якої активної участі. Лише поступово з розвитком та ускладненням структури суспільства, посиленням державної влади приходило розуміння необхідності визначення меж здійснення суб'єктивних цивільних прав. Природно, що це призвело до втручання держави у приватноправову сферу з метою налагодження нормальних взаємовідносин між власниками та забезпечення правопорядку в цілому⁷.

Підсумком перших законодавчих робіт з виявлення меж належного здійснення суб'єктивного цивільного права стала поява правил, які визначають співвідношення прав та інтересів власників та інших управомочених осіб при використанні своїх прав⁸. Однак з часом стало очевидним, що це аж ніяк не вирішило проблем, що склалися внаслідок здійснення несумлінної поведінки.

Все частіше практика стикалася з випадками, коли зовні дія, що відповідає формальним вимогам до здійснення суб'єктивного цивільного права, насправді не задовольняє жодних інтересів суб'єктів такого права. У зв'язку з цим зазначимо, що правові пам'ятки стародавнього Риму ще не знали терміна «шикана». Внаслідок чого перед римськими юристами виникла нова задача щодо перетворення основних правових положень і моделей, що пов'язані, зокрема, з реалізацією права власності та іншими речовими правами⁹.

Сучасні дослідники, аналізуючи спадщину римської правової думки, обґрунтовано доводять існування заборони на здійснення шикани. В якості ілюстрації прикладів правового регулювання того часу, наводяться випадки, коли марнотратові було заборонено управляти своїм майном або заподіяння шкоди майну власником при його продажу¹⁰. Цікаво також відзначити з позиції сьогодення, що деякі дії, які нині охоплюються поняттям «шикана» у римському праві, такими не були. Римське право допускало можливість здійснення суб'єктивного права, при якому порушувалися б права та інтереси інших осіб. Єдиною умовою такого здійснення була відсутність наміру заподіяти шкоду¹¹.

Підбиваючи деякі підсумки дослідження, можна констатувати, що римляни у своєму розумінні меж здійснення суб'єктивного цивільного права пройшли непростий шлях від надання абсолютної свободи в його реалізації до виявлення типових випадків недобросовісної поведінки та обґрунтованих заборон у випадках намірів нанесення шкоди іншим особам. Власне, намір заподіяти своїми діями шкоду іншій особі став однією з причин законодавчого опису римськими юристами належного використання суб'єктивного права і запровадження цілеспрямованих, особливо, у сфері нерухомого майна, обмежень на його здійснення¹².

Висловлені зауваження, головним чином, стосуються предмета матеріального цивільного права, тим не менш, вони значущі для розуміння загального контексту розвитку доктрини зловживання правом. Питання процедури примусового здійснення права, як ми вже зазначали, хоча і не були невід'ємні від матеріального права, все ж таки отримали певний розвиток у римському праві.

У зв'язку з цим особливе значення для римлян, як, утім, і для всієї спадщини цивілістичної процесуальної думки, мало поняття позову.

За свідченням дослідників, дійсна цінність і логічна завершеність у володінні суб'єктивним правом виражалася в можливості його захисту шляхом пред'явлення позову. Позов був санкціонованим державою засобом захисту порушеного права. Тому не випадково, римське право більшою мірою, ніж будь-яке являло собою систему позовів¹³.

Показово, що вже в римському праві при визначенні процедури розгляду спорів акцентувалася увага на можливих недобросовісних діях учасників спору і методах боротьби з ними. Йшлося в основному про типові випадки безпідставного пред'явлення позову або заперечень проти нього. У цьому плані римські правові пам'ятки згадують такий спосіб боротьби проти зловживань відповідача своїми процесуальними правами і міру його відповідальності, як сплата штрафу у подвійному, порівняно із заявленою позовною вимогою, розмірі. Іноді в якості відповідальності за несумлінну процесуальну поведінку відповідача виступало підписання ним окремого штрафного договору¹⁴.

Треба сказати, що римські юристи в несумлінній поведінці сторін бачили велику проблему та зло, у зв'язку з чим і намагалися контрзаходами протистояти цьому явищу. Звідси й описані у правових пам'ятках того часу згадки про *infamia* (безчестя), яке мало серйозні наслідки для тієї сторони, проти якої воно застосовувалося. При цьому саме у римлян зустрічаємо суворість такого покарання – незважаючи на наявність або відсутність умислу при здійсненні недобросовісних дій, недопущення до виконання публічних функцій осіб, які мають сумнівну репутацію. Для римського суспільства з його поділом на класи мати статус *infamia* – доволі суворе випробування і відповідальність¹⁵.

Для осіб, які подавали безпідставні позови, у стародавніх римлян існували свої налагоджені міри відповідальності та захисту. Насамперед претор на етапі подачі такого позову міг самостійно відмовити у його прийнятті, посилаючись на справедливість або несправедливість заявлених претензій. Таке рішення претора пов'язувалося виключно з його розумінням спірної ситуації¹⁶. Крім названого, міри відповідальності та захисту за зловживанням процесуальним правом пред'явлення позову мали як майновий, так і немайновий характер. Так, у разі безпідставного пред'явлення позову до позивача могли бути застосовані наступні санкції: обов'язок складення присяги про сумлінність своєї поведінки і намірів; сплата на користь відповідача штрафу в розмірі суми, що стягується.

Становить також інтерес у світлі аналізу питань, які розглядаються, способи вирішення римськими юристами проблеми сутяжництва як наміру вести судову справу, навіть не дбаючи про дійсність порушення свого права. Римляни вважали, що для усунення даної проблеми достатнім буде зобов'язати такого позивача сплатити одну десяту частину суми позову¹⁷.

Продовжуючи вивчення несумлінної поведінки сторін, необхідно зазначити, що римське право знало й інші форми зловживання процесуальними правами. Зокрема, дослідники звертають увагу на випадки явного перевищення суми позову, пред'явлення позовних вимог у неналежному місці або завчасно до настання законних умов їх подачі¹⁸. Несумлінна процесуальна поведінка могла проявлятися також у формі: процесуальної брехні; свідомо неправомірної вигоди; умисного використання дозволених засобів з метою уповільнення або ускладнення судового провадження¹⁹.

Цікаво зазначити, що римські джерела права, як і сучасні, передбачали можливість і такого зловживання правом, як неявка сторін до суду. Вирішення цієї проблеми римляни бачили в тому, що сторона, яка не з'явилася та яку очікували до полудня, програвала свою справу. Вже трохи пізніше зі зміною форми римського цивільного процесу вводиться заочний розгляд справи, що передбачав можливість перенесення слухання справи і визначення поважності причин такого перенесення²⁰.

Як бачимо, перші уявлення про суб'єктивне цивільне право і межі його здійснення склалися в римському праві і були зумовлені високим для того часу рівнем розвитку правової думки. Визнання неприпустимості здійснення свого суб'єктивного права на шкоду іншим особам у поєднанні з конкретними заходами боротьби з недобросовісною поведінкою ознаменувало собою перший етап розвитку доктрини зловживання суб'єктивними правами²¹.

У продовження авторських міркувань щодо найбільш значущих етапів становлення доктрини і практики зловживання процесуальними правами ми звертаємо свою увагу на період середньовіччя та нового часу. Ці епохи, як відомо, привнесли з собою чимало змін у правову систему.

З розпадом Римської імперії не були втрачені основні напрацювання та досягнення римських юристів у сфері приватного права. Навпаки, вони знаходили широке застосування і в подальшому. Підтвердженням цієї тези є, наприклад, так званий італо-канонічний судовий процес, що виник на території низки європейських держав, переважно, Італії та Німеччини, і характеризується сприйняттям власне римських форм цивільного процесу, в тому числі й конкретних заходів протидії зловживанням правом²².

Крім того, більшість європейських країн не тільки заклало фундамент юридичної освіти на основі досліджень і кодифікацій римського права, а й з успіхом проводило його рецепцію, що стало однією з найважливіших віх у розвитку цивільного законодавства в глобальному контексті його розгляду. Досі не втратили своєї актуальності і вивчаються в порівняльно-правовому та історичному зрізах наукового аналізу Цивільний кодекс Франції часів Наполеона, а також Цивільні Уложення Австрії і Пруссії та ряду інших країн романо-германської правової сім'ї.

Показово, що в законодавстві цього періоду можна знайти також згадку про заборону шикани, тобто дії, що формально відповідають правовим приписам, але проводяться виключно з метою заподіяння шкоди. Так, у німецькому Ландріхті кінця XVIII ст. хоча і йдеться в більшості випадків про права і привілеї адміністративного характеру, тим не менш, міститься вказівка на заборону таких дій власника, які спрямовані на виникнення несприятливих наслідків у інших осіб. Не розкриваючи самого поняття «зловживання правом», німецький законодавець того періоду встановив відповідальність за здійснення недобросовісної поведінки – позбавлення права користування наданими привілеями.

З плином часу це положення було уточнено, і вже в Цивільному Уложенні об'єднаної Німеччини зустрічаємо правила про неприпустимість здійснення права, що має єдиною метою заподіяти шкоду іншій особі, а також про обов'язок винної особи відшкодувати шкоду, заподіяну своїми умисними і недобросовісними діями²³.

Цікава постановка і вирішення проблеми меж здійснення суб'єктивного права у Франції. Перші спроби правового визначення меж поведінки власника були зроблені в ході підготовки Декларації прав людини і громадянина. У ст. 4 цієї Декларації говорилося про свободу як можливість робити все, що не завдає шкоди іншій особі, здійснення природних прав людини обмежено лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства користування цими ж правами. Такі межі, на думку авторів Декларації, повинні встановлюватися виключно законом.

У цивільному законодавстві Франції, на відміну від інших країн, не було прямого згадування терміна «зловживання правом». При цьому судова практика у своїх рішеннях виходила з того постулату, що кожне суб'єктивне право повинно знаходити своє природне обмеження у відповідних правах інших осіб. Вторгнення у сферу здійснення суб'єктивного права неминує призводити до труднощів його використання, тобто зловживанню правом. Наслідками такої поведінки є обов'язок особи відшкодувати іншій стороні заподіяну шкоду.

Власне, судова практика, заповнюючи прогалини цивільного законодавства щодо нормативного визначення поняття «зловживання правом», зіграла вирішальну роль у формуванні принципу неприпустимості зловживання правом. У випадках, коли особа виходила за межі належного здійснення суб'єктивного права, суди правомірно застосовували санкції статей Цивільного кодексу Наполеона і зобов'язували винну особу відшкодувати заподіяну своїми діями шкоду іншій особі. ЦК Франції передбачав, що кожна особа відповідає за шкоду, заподіяну своїми умисними або необережними діями, а також внаслідок недбалого поводження.

Прикметно, що принцип неприпустимості зловживання правом широко застосовувався французькими судами. Він не був обмежений лише сферою майнових інтересів, а поширював презумпцію сумлінної поведінки і на сімейні відносини, немайнові права громадян, а також на можливість здійснення прав у судовому процесі²⁴.

У розглянутий період відбувалося і інституційне становлення правової системи Англії. Показовим є той факт, що загальні соціально-економічні умови розвитку в Європі призвели до формування відмінних один від одного правових систем. На європейському континенті Англія стала єдиною державою, характерною рисою якої стала головна роль прецеденту. Зрештою, саме значне поширення прецедентів викристалізувало основні положення доктрини права справедливості, що стало одним із головних надбань англійської правової системи.

Думається, що це був природний для того часу хід речей. Англійські судді були змушені в силу суворо процедурного характеру англійського судового процесу і загального права і, як наслідок, обмежених правових можливостей впливу на сторони, вирішувати спірні справи не інакше, як на підставі справедливості, моралі й совісті²⁵. Право справедливості не тільки гармонійно доповнювало англійське прецедентне право, а й було свого роду механізмом боротьби з недобросовісним здійсненням суб'єктивних прав, у тому числі і зловмисною поведінкою в сфері цивільного судочинства²⁶.

Висловлені тези мають пряме відношення і до осмислення проблеми зловживання процесуальними правами. Підсумки більш ніж столітнього пошуку оптимальної форми цивільного судочинства привели в Європі спочатку до створення ліберальної, а трохи пізніше, і соціальної моделі здійснення цивільної процесуальної діяльності. На протигагу ліберальному цивільному процесу, з його абсолютною автономією прав сторін, стала формуватися конструкція процесу, для якої інтереси правопорядку є головною цінністю процесу. Ф. Кляйн, який став у Європі ідеологом соціального цивільного процесу, звертав увагу на порочність і помилковість такого дозволу поведінки сторін, яке веде до зловживання правом²⁷. На його думку, необхідно обмежувати свободу вибору сторонами своєї поведінки і не допускати можливість прояву ними будь-якої недобросовісності у ході судового процесу²⁸.

Цивільне процесуальне законодавство Німеччини, слідом за цивільним законодавством, сприйняло основні тези та положення, зв'язані з проблемою зловживання правом. Вирішення даної проблеми в цивільному судочинстві вбачалося у використанні такої категорії моралі, як «сумлінність» в якості головного критерію належного здійснення цивільних процесуальних прав, а також конструкції законного інтересу як загальної передумови права на пред'явлення позову²⁹.

Цивільний процес Франції також зіткнувся з необхідністю пошуку ефективних механізмів протидії зловживання цивільними процесуальними правами. Розуміючи можливу широку сферу зловживання правом, починаючи від затягування судового процесу до неправомірних прийомів його ведення, французький законодавець передбачив деякі засоби боротьби зі зловмисними та шкідливими процесуальними діями. Грошові штрафи і обов'язок відшкодування заподіяної шкоди стали основними механізмами впливу на недобросовісну поведінку учасників процесу.

Таким чином, в аналізовані періоди продовжився пошук найбільш ефективних засобів боротьби зі зловживання правом, але вже на новому витку розвитку правової системи європейських держав і успішної рецепції ними римського права. Цивільне процесуальне законодавство Німеччини, Франції та Англії, сприйнявши римську тезу щодо недопущення неправомірного здійснення суб'єктивного права, продемонструвало основні підходи до можливого вирішення проблеми зловживання цивільними процесуальними правами.

¹ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1972. С. 11.

² Там само. С. 11, 23.

³ Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва: Волтерс Клувер, 2007. С. 97.

⁴ Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. Москва: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 53.

⁵ Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 8–10.

⁶ Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва: Волтерс Клувер, 2007. С. 97.

⁷ Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва: Волтерс Клувер, 2007. С. 98–99.

⁸ Там само. С. 100.

⁹ Там само. С. 100–101.

¹⁰ Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. Москва: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 53; Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1972. С. 24; Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва: Волтерс Клувер, 2007. С. 101.

¹¹ Хвостов В.М. Система римского права. Москва: Спарк, 1996. С. 230.

¹² Поротикова О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва: Волтерс Клувер, 2007. С. 103–104.

¹³ Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. Москва: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 59.

¹⁴ Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. Москва: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 87.

- ¹⁵ Там само. С. 88, 126.
- ¹⁶ Підопригора О.А., Харитонов С.О. Римське право. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 120.
- ¹⁷ Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. Москва: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 88–89.
- ¹⁸ Волков А.В. Злоупотребление гражданским правами: проблемы теории и практики. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 21.
- ¹⁹ Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 12.
- ²⁰ Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. Москва: Юрид. изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 72–74.
- ²¹ Стефанчук М.О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав. Київ: КНТ, 2008. С. 77, 87.
- ²² Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 15–16.
- ²³ Волков А.В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 24–25, 28.
- ²⁴ Волков А.В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 39.
- ²⁵ Давид Р. Основные правовые системы современности. Москва: Прогресс, 1981. С. 286.
- ²⁶ Волков А.В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 42.
- ²⁷ Грель Я.В. Злоупотребления сторон процессуальными правами в гражданском и арбитражном процессе: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Новосибирск, 2006. С. 5.
- ²⁸ Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 27.
- ²⁹ Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 14.

Резюме

Курило М.П., Кузьменко К.О. Деякі аспекти історичного розвитку зловживання правом у цивільному судочинстві.

Стаття присвячена дослідженню окремих періодів розвитку зловживання правом в цивільному судочинстві. Зазначається, що перші згадування щодо зловживання правом і його наслідків для правопорядку загалом, а також прообрази відповідальності за їхнє вчинення можна знайти вже в давніх пам'ятках римського права. Обґрунтовується, що римляни в своєму розумінні меж здійснення суб'єктивного права пройшли шлях від надання абсолютної свободи в його реалізації до виявлення типових випадків недобросовісної поведінки і обґрунтованих заборон у разі виявлення намірів нанесення шкоди іншим особам.

Показово, що вже в римському праві при визначенні процедури розгляду спорів акцентувалася увага на можливих недобросовісних діях учасників спору і методах боротьби з ними. Йшлося в основному про типові випадки безпідставного пред'явлення позову або заперечень проти нього.

У роботі вказується, що цивільне процесуальне законодавство Німеччини, Франції та Англії, сприйнявши римську тезу щодо недопущення неправомірного здійснення суб'єктивного права, продемонструвало основні підходи до можливого вирішення проблеми зловживання цивільними процесуальними правами.

Ключові слова: зловживання правом, позов, шикана, недобросовісна поведінка, заходи відповідальності, рецепція римського права.

Резюме

Курило Н.П., Кузьменко К.А. Некоторые аспекты исторического развития злоупотребления правом в гражданском судопроизводстве.

Статья посвящена исследованию отдельных периодов развития злоупотребления правом в гражданском судопроизводстве. Отмечается, что первые упоминания о злоупотреблении правом и его последствиях для правопорядка в целом, а также прообразы ответственности за их совершение можно найти уже в древних памятниках римского права. Обосновывается, что римляне в своем понимании границ осуществления субъективного права прошли путь от придания абсолютной свободы в его реализации до выявления типичных случаев недобросовестного поведения и обоснованных запретов в случаях намерений нанесения вреда другим лицам.

Показательно, что уже в римском праве при определении процедуры рассмотрения споров акцентировалось внимание на возможных недобросовестных действиях участников тяжбы и методах борьбы с ними. Речь шла в основном о типичных случаях безосновательного предъявления иска или возражений против него.

В работе указывается, что гражданское процессуальное законодательство Германии, Франции и Англии, восприняв римский тезис о недопущении неправомерного осуществления субъективного права, продемонстрировало основные подходы к возможному решению проблемы злоупотребления гражданскими процессуальными правами.

Ключевые слова: злоупотребление правом, иск, шикана, недобросовестное поведение, меры ответственности, рецепция римского права.

Summary

Mykola Kurylo, Krystyna Kuzmenko. Some aspects of the historical development of abuse of right in civil proceedings.

The article is the study of certain periods of the development of abuse of right in civil proceedings. It is noted that one can find the first references to the abuse of right and its consequences for the legal order as a whole, as well as prototypes of liability for its commission, in the ancient documents of Roman law.

It is substantiated that the Romans, in their understanding of the limits of the exercise of subjective rights, worked the way up from giving absolute freedom in its exercise to identifying typical cases of unfair behavior and reasonably prohibiting it in case of intentions to cause harm to others. Actually, the intentions to cause harm to another person by one's actions became one of the reasons for the legislative description by Roman lawyers of the proper use of subjective right and the introduction of targeted restrictions on its exercise, especially in the field of real estate.

The abovesaid is mainly related to the subject of material civil law, however, it also matters for understanding the general context of the development of the doctrine of abuse of right. The issues of the procedure for the enforcement of law, though not separated from material law, were slightly developed in Roman law. In this regard, the concept of a lawsuit was of particular importance to the Romans.

It is significant that even in Roman law, when determining the procedure for adjudicating disputes, special attention was drawn to the possible unfair actions of the litigation parties and methods of dealing with such actions. It was mainly about typical cases of filing a case without merit or objecting to it.

The study indicates that in spite of the collapse of the Roman Empire, the main developments and achievements of Roman lawyers in the field of private law were not lost. On the contrary, later they came into widespread use. The evidence of it is, for example, the so-called Italian canonical trial.

According to some researches, in the legislation of this period, one can also find the reference to the prohibition of chicanery, that is actions formally meeting legal requirements, but carried out solely for the purpose of causing harm.

It is proved that the search for the most effective means of dealing with the abuse of right continued at a new stage in the development of the legal system of European states and owing to their successful reception of Roman law. The civil procedural legislation of Germany, France and England, having adopted the Roman idea on preventing the unlawful exercise of subjective right, demonstrated the main approaches to a possible solution to the problem of abuse of civil procedural rights.

Key words: abuse of right, lawsuit, chicanery, unfair conduct, liability, reception of Roman law.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.40

УДК 347.91

І.О. БУТ

*Ілля Олександрович Бут, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»**

ORCID: 0000-0001-7887-3504

ВИКОРИСТАННЯ СТАНДАРТУ ДОКАЗУВАННЯ «БАЛАНС ЙМОВІРНОСТЕЙ» У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Постановка проблеми. Питання дослідження стандартів доказування є наріжним для процесуальних галузей права, оскільки саме від характеру правовідносин залежить застосування того чи іншого стандарту. Дослідженням процесу доказування, стандартів доказування та їх розмежуванню присвячені окремі роботи І.В. Андропова, С.В. Будиліна, А.С. Степаненка, однак найбільш повно категорію стандартів доказування розроблено у науці кримінального процесуального права – зокрема, щодо стандарту доказування «поза розумним сумнівом» (це питання досліджували у своїх працях А.М. Безносюк, В.А. Бігун, В.В. Вапнярчук, Х.Р. Слюсарчук, М.Є. Шумило та ін.). Певним чином це можна пояснити тим, що Кримінальний процесуальний кодекс України у ст. 17 відсилає до такої складової презумпції невинуватості, як доведення стороною обвинувачення винуватості особи поза розумним сумнівом. Натомість цивільне процесуальне законодавство не містить відсилок до стандартів доказування, використовуючи концепцію внутрішнього переконання судді. Все це зумовлює наявність невирішеної проблеми щодо можливості застосування у цивільному судочинстві стандартів доказування за відсутності прямого посилання на них у цивільному процесуальному законодавстві.

Метою статті є надання характеристики стандарту доказування «баланс ймовірностей» у контексті національної судової практики.

Виклад основного матеріалу дослідження. Концепція внутрішнього переконання судді як певного камертону при оцінці доказів була успадкована вітчизняним цивільним процесуальним законодавством: її витоки простежуються ще з часів Римської імперії, поступово вона була рецепційована більшістю європейських країн та знайшла своє відображення і в сучасних європейських процесуальних кодексах. Цивільний процесуальний кодекс ФРН у § 286 закріплює можливість вирішення судом за своїм переконанням дійсність чи недійсність фактичного твердження, причому суд зв'язаний жорсткими правилами доказування лише у випадках, визначених законом. Стаття 67 ЦПК РФ схожа за змістом на ст. 89 ЦПК України та закріплює правило оцінки доказів судом за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів. Стаття 232 ЦПК Естонії вказує, що суд, керуючись законом, оцінює всі докази всебічно, повністю і об'єктивно і приймає за своїм внутрішнім пере-

© І.О. Бут, 2020

* *Illia But, Ph.D. in Law, Associate Professor of National University «Odesa Law Academy»*

конанням рішення про те, чи доведено представлене учасником процесу твердження, враховуючи, зокрема, угоди сторін щодо доказування. Посилання на внутрішнє переконання можна знайти і в процесуальних кодексах інших країн.

Однак не можна стверджувати, що оцінка доказів на підставі внутрішнього переконання є свавільною, для її здійснення суд має виконати низку умов:

1) надати можливість сторонам реалізувати своє право (і одночасно виконати обов'язок) на доведення тих обставин, на які вони посилаються. Хоча суд не бере активної участі у процесі збирання доказів, у деяких випадках він може за власної ініціативи збирати докази (ст. 13, 81 ЦПК України);

2) відхилити докази, що є недопустимими, недостовірними чи неналежними, спочатку вирішуючи питання, чи приймати їх до розгляду, долучивши до матеріалів справи, а остаточно – у нарадчій кімнаті, надаючи оцінку доказам у сукупності;

3) здійснити безпосереднє дослідження доказів та відповідно до свого внутрішнього переконання зробити висновок щодо достатності доказів для встановлення обставин, що мають значення для справи.

І саме під час реалізації останньої умови – встановлення достатності доказів – постає питання, а чи дійсно зібраних доказів вистачає для підтвердження чи спростування позиції сторін та з'ясування об'єктивної істини, тобто чи виконано стороною тягар доказування, покладений на неї процесуальним законодавством?

Як слушно зазначає І.В. Андронов, у сучасному цивільному процесуальному праві України покладення на суд обов'язку встановити об'єктивну істину та пов'язувати з нею обґрунтованість судового рішення не вбачається можливим з огляду на посилення засади змагальності судового процесу й неможливості суду проводити розслідування обставин справи за власною ініціативою¹. Це означає, що неможливість у переважній більшості справ встановити об'єктивну істину залишає певний ступінь сумніву щодо визнання певного факту встановленим.

Водночас як країни континентального права схильні до концепції внутрішнього переконання, для країн англо-американського права здебільшого характерне застосування стандартів доказування, зокрема – «балансу ймовірностей». Обидві ці категорії покликані заповнити собою ті прогалини, які неминуче виникають під час дослідження судом обставин справи. Суттєвим недоліком оцінки доказів судом за своїм внутрішнім переконанням є суб'єктивність такої діяльності суду, це – індивідуалізована оцінка доказів. Стандарт «балансу ймовірностей» навпаки, намагається об'єктивізувати оцінку доказів, адже цей баланс має стати очевидним не тільки для самого судді, а й для учасників справи, присяжних, і навіть для будь-якого стороннього спостерігача.

Оскільки в змагальному процесі неможливо встановити об'єктивну істину, суд змушений вдаватися до певних конструкцій та припущень, певною мірою навіть спрощень, які б пов'язували між собою окремі факти в цілісну картину. А саме наявність стандартів доказування визначає мінімальний ступінь суб'єктивної впевненості судді в істинності спірного факту, при якій суд готовий визнати тягар доведення, покладений на відповідну сторону, виконаним, тягар спростування (доведення зворотного) – таким, що перейшов на опонента, а відповідну фактичну обставину після дослідження і оцінки всіх пред'явлених цією стороною і опонентом доказів – доведеною². Стандарт доказування – це мінімальний, пороговий ступінь суб'єктивної впевненості, переконаності судді (присяжних) в істинності спірного факту, коли суд доходить або повинен доходити висновку про достатність доказів і визнання тягара доведення виконаним; при досягненні цього порогового рівня тягар спростування переноситься на опонента, і якщо той своїми контрдоказами не знизить впевненість суду нижче рівня стандарту доказування, суд буде виходити з визнання факту встановленим³.

В Англії використовуються два стандарти доказування: «баланс ймовірностей» (balance of probabilities) – використовується, як правило, у цивільних справах та вимагає визнавати факт доведеним тоді, коли комплекс представлених стороною доказів дозволяє судді дійти висновку про те, що спірний факт ймовірніше існує, аніж не існує; «поза розумних сумнівів» (beyond reasonable doubt), який використовується зазвичай в кримінальних справах і є більш суворим, оскільки вказує, що певні сумніви можуть залишатися, але вони повинні бути край несуттєвими. У США в цивільних справах застосовуються схожий цивільно-процесуальний стандарт «превалювання доказів» (preponderance of evidence) і кримінальний стандарт «поза розумних сумнівів». Однак існує і проміжний стандарт – «ясні і переконливі докази» (clear and convincing evidence), який використовується в деяких штатах у спорах про оскарження заповітів з посиланням на неосудність спадкодавця. Британські судді ж заперечують саму можливість існування якогось проміжного стандарту, оскільки це тільки ускладнило б доказування у цивільних справах: незалежно від предмета спору, навіть у «квазікримінальних» справах (наприклад, домашнє насилля) повинен застосовуватися стандарт балансу ймовірностей.

У Великобританії баланс ймовірностей розуміється саме як «рятівне коло для правосуддя». Відома позиція баронеси Хейл (яка в подальшому очолювала Верховний суд Великобританії) у справі про насилля над дитиною, де суддя першої інстанції у справі виявився неспроможним прийняти показання жодного зі свідків, не було інших незалежних доказів, які допомогли б йому. Тому він вважав, що суд не в змозі визначитися зі співвідношенням ймовірностей, що в даній справі будь-яке зловживання відбулося або не відбулося.

Виступаючи у Палаті лордів (на час розгляду справи цей законодавчий орган виконував роль суду останньої інстанції) Бренд Хейл вказала: «Якщо судова система в цій країні регулярно опиняється в такому стані, наша система цивільного та сімейного правосуддя швидко зупиниться. У цій країні нам не потрібно

документального підтвердження. Ми сильно покладаємось на усні докази, особливо тих, хто був присутнім, коли відбувалися події, що припускаються. День за днем, по всій країні, з великих і дрібних питань, судді приймають рішення, кому вірити. Вони керуються багатьма речами, включаючи притаманні їм ймовірності, будь-яку сучасну документацію чи записи, будь-які непрямі докази, які прагнуть підтримувати один виклад, а не інший, та загальне враження про характер та мотивацію свідків. Завдання складне, воно повинно бути виконано без упереджень та заздалегідь задуманих ідей. ... У нашій правовій системі, якщо суддя вважає більш ймовірним, що щось відбулося, то це трактується як таке, що мало місце. Якщо він вважає, що це швидше за все не відбулося, тоді це трактується як таке, що не мало місця ... Але, кажучи загалом, суддя здатний вирішити, де істина, без необхідності покладатися на тягар доказування»⁴.

У даній справі було надане нове для британської судової практики осмислення «балансу ймовірностей» на прикладі неоднозначної справи щодо відібрання дитини внаслідок насилля над нею: з одного боку, це і не малозначний цивільний спір, однак і не кримінальне обвинувачення. Палатою лордів було сформульовано низку важливих висновків та вдосконалено попередню судову практику щодо стандарту доказування:

1) стандарт доказування «баланс ймовірностей» не є просто припущенням, заснованим на здогадках чи на підозрах: таке припущення обов'язково має ґрунтуватися на певних доказах, яких у сукупності недостатньо, щоб однозначно встановити наявність чи відсутність певного факту. Важливо наголосити, що стандарти доказування не звільняють сторону від тягара доказування, а лише дозволяють встановити після того, як всі докази подано, чи виконано стороною свій обов'язок щодо доказування, чи достатньо доказів для встановлення певного факту та винесення рішення;

2) чим серйозніше твердження, тим менш ймовірно, що факт мав місце, а відповідно, тим вагомішими мають бути докази на його підтвердження, перш ніж за балансом ймовірностей буде встановлено наявність такого факту (шахрайство є менш ймовірним за недбалість, випадково завдана травма є більш ймовірною за умисну). У найбільш серйозних випадках стандарт балансу ймовірностей у цивільних справах наближається до кримінального стандарту «поза розумним сумнівом», а межа між обома стандартами стає ілюзорною. Наприклад, за позовом про відшкодування шкоди, завданої орендодавцю пошкодженням об'єкта оренди, баланс ймовірностей по-різному впливатиме на кількість доказів залежно від характеру збитків. У разі незначних пошкоджень меблів логічно припустити, що пошкодження відбулися внаслідок їх експлуатації орендарем. Тоді, наприклад, коли ми кажемо про знищення об'єкта оренди внаслідок пожежі, таку ймовірність вже буде не так просто встановити, адже причиною пожежі можуть бути як необережність орендаря, підпал сторонніми особами або ж несправність проводки, яка була змонтована орендодавцем з порушенням норм пожежної безпеки. В такому випадку позивачу доведеться надати більше доказів на підтвердження того, що саме орендар своєю необережністю чи навмисними діями спричинив пожежу;

3) чим менш ймовірна подія, тим більше має бути свідчень на підтвердження того, що вона дійсно могла мати місце. Те, що певні події трапляються нечасто, не означає, що вони взагалі не трапляються. Класична британська ілюстрація цього правила: якщо ми бачимо тварину на газоні, де зазвичай вигулюють собак, то це ймовірніше собака, ніж лев. І навпаки, якщо ми бачимо тварину біля відчиненої клітки з написом «лев» у зоопарку, тим ймовірніше, що це лев, а не собака;

4) між серйозністю твердження (наслідків) та ймовірністю події відсутній прямий зв'язок: деяка серйозна шкідлива поведінка може бути досить поширеною, чи навпаки – траплятися досить нечасто.

Вище було вказано, що баланс ймовірностей «об'єктивізує» доказування – суд не просто посилається на своє внутрішнє переконання (адже незрозуміло, яким чином переконання було сформоване, чи не є таке переконання проявом психоемоційних особливостей судді тощо), а спирається на певні зовнішні орієнтири, щоб сторонній спостерігач, ставлячи себе на місце судді, міг так само дійти висновку, що певний факт є більш ймовірний: часто цей стандарт іменують стандартом 51 відсотка. Якщо позивач виконав свій тягар доказування на 51 %, то вважається, що він переміг, якщо 50 на 50 – то позов задоволенню не підлягає в силу рівності ймовірностей.

В арсеналі суддів є низка способів, як виміряти цю незначну перевагу хоча б у один відсоток. На допомогу приходять статистичні дані. Наприклад, дискримінацію жінок під час влаштування на роботу можна довести, в тому числі, даними статистики, які показують, що відсоток жінок на аналогічних посадах є меншим за відсоток жінок, які проживають в даній місцевості. У справах про відшкодування шкоди, завданої лікарськими засобами, так само неможливо встановити точний розмір спричиненої шкоди – адже якщо особа вже страждала на хронічну хворобу, то погіршення здоров'я носить накопичувальний характер, виокремити та оцінити негативний ефект саме медикаментів зазвичай неможливо. У такому разі можуть бути використані результати досліджень препарату – якщо такі побічні ефекти виявлялися, тим ймовірніше, що шкода була завдана саме цим препаратом. Наприклад, у справі *Sindell v. Abbott Laboratories* позивачка подала позов проти 11 виробників медичних препаратів: вона стверджувала, що компанії-відповідачі знали або повинні були знати, що препарат був причиною онкологічних захворювань у дочок, народжених матерями, які вживали цей засіб. Суд першої інстанції відмовив у задоволенні позову, оскільки позивачка не могла ідентифікувати належного відповідача та вказати, яка саме компанія виробляла ліки, які приймала її мати, оскільки рецепти та інші можливі докази були знищені. Верховний суд Каліфорнії скасував рішення суду першої інстанції і постановив: якщо позивачка могла довести своє твердження про недбалість відповідача і спричинення їй шкоди, то вона має право отримати відшкодування цієї шкоди з усіх відповідачів пропорційно їхній частці продажу вказаного препарату у відповідний період за результатами статистичних даних. Суд виходив

із того, що якби оцінювалася ймовірність вживання препарату кожного конкретного виробника, то в такому б разі позивачі у жодному випадку не вдалося б подолати 50-відсотковий бар'єр ймовірності, адже більш ймовірним було б, що виробником товару був будь-який інший виробник, ніж відповідач. Однак якщо взяти виробників, частка яких на ринку становила 90 %, у сукупності, то ймовірність того, що шкода була завдана будь-яким іншим виробником, становитиме всього 10 %⁵.

Певною мірою запозичення стандартів доказування пояснює використання національними судами практики Європейського суду з прав людини – в його рішеннях зазвичай не міститься оцінки доказів справи, що розглядалася національними судами, крім випадків, коли неналежно проведена оцінка могла призвести до порушення права особи на справедливий суд. До речі, на практиці ЄСПЛ можна прослідкувати, як стандарт балансу ймовірностей поширюється країнами Європи: перші згадки про такий стандарт можна віднайти виключно у справах проти Великобританії (*Handyside v. The United Kingdom*, 5493/72 ; *Ireland v. The United Kingdom*, 5310/71; *The Sunday Times v. The United Kingdom* (No. 2), 13166/87; *Observer And Guardian v. The United Kingdom*, 13585/88; *L.C.B. v. The United Kingdom* 23413/94; *A. v. The United Kingdom* 25599/94). Потім з'являються рішення за скаргами проти інших країн, однак і в них ЄСПЛ не надає оцінки стандартам доказування, а лише відображає, що вони були застосовані національними судами (*Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, 14518/89; *Sevtaş Veznedaroğlu v. Turkey*, 32357/96; *Case of Caloc v. France*, 33951/96).

У цей період навіть деякі судді критикували ЄСПЛ у тому, що Суд є єдиним судом в Європі, який вимагає доказів «поза всяким розумним сумнівом» у некримінальних справах (частково окрема думка судді Бонелло у справі *Sevtaş Veznedaroğlu v. Turkey*, 32357/96 щодо катувань заявника продовжила дискусію щодо доцільності застосування більш жорсткого стандарту, розпочату у справі *Ireland v. The United Kingdom*, 5310/71). В окремій думці вказано, що доказ «поза всяким розумним сумнівом» відображає максимальний стандарт, який має відношення і бажаний для встановлення кримінальної відповідальності. Але в інших областях судового розслідування стандарт доведення повинен бути співрозмірний меті, яку має пошук істини: вищий ступінь визначеності в кримінальних справах та можливий ступінь ймовірності в інших. Зіткнувшись з суперечливими версіями, Суд зобов'язаний встановити: 1) на кого закон покладає тягар доведення; 2) чи перешкоджають будь-які правові презумпції на користь однієї з протилежних версій; 3) «баланс ймовірностей», яка з суперечливих версій видається більш правдоподібною і такою, що заслуговує довіри. Покладення на жертв катувань обов'язку доказування «поза розумним сумнівом», покладає на них тягар, який так само неможливо виконати, як несправедливо просити. Скарга одиночної жертви майже завжди стикається із запереченням, «підтвердженням» багатьма.

У справі *Phillips v. The United Kingdom*, 41087/98 ЄСПЛ вперше розмежував застосування стандартів доказування у кримінальній та квазікримінальній справі – ЄСПЛ не знайшов порушень у діях британського суду, який вирішив конфіскувати гроші, отримані від продажу наркотиків, керуючись балансом ймовірностей. При цьому, як зазначає ЄСПЛ, заявник не був позбавлений можливості так само за допомогою балансу ймовірностей довести отримання коштів іншим шляхом, ніж продажем наркотиків. Така позиція пройшла перевірку часом у нещодавній справі *Balsamo v. San Marino* 20319/17, 21414/17 Європейський суд задовольнився використанням цивільного стандарту доказування у кримінальній справі про відмивання доходів під час вирішення національним судом питання про конфіскацію майна – коли наказ про конфіскацію коштів, здобутих злочинним шляхом чи отриманих від тяжких злочинів, був результатом цивільного судочинства, ЄСПЛ не вимагає доказів «поза розумним сумнівом» щодо незаконного походження власності в таких процедурах. Замість цього встановлення високої ймовірності незаконного походження коштів в поєднанні з нездатністю власника довести зворотне є достатнім для визначення пропорційності втручання у права власника. Також баланс ймовірностей може бути застосовано при вирішенні питання, пов'язаного із виплатою компенсації підозрюваному, щодо якого винесено виправдовувальний вирок, чи особі, яка є постраждалою від дій виправданого підозрюваного (наприклад, у випадках, коли спричинена шкода здоров'ю не може бути кваліфікована як злочин).

Поступово стандарти доказування набувають відображення і у вітчизняній судовій практиці. Однак через свою історичну неспитаність не можна сказати, що посилення на стандарти доказування набуло значного поширення. Тут слід зазначити, що дещо осторононь стоїть судова практика у адміністративних справах, пов'язаних з наданням іноземцям статусу біженця: українські суди застосовують у своїй практиці Пояснювальну записку про тягар та стандарт доказування в заявах про надання статусу біженця Управління Верховного комісара ООН у справах біженців. Пункт 10 Пояснювальної записки вказує, що шукачі притулку не зобов'язані надавати всі необхідні докази: неможливість надати документальне підтвердження на підтримку усних тверджень не повинна, таким чином, перешкоджати прийняттю заяви до розгляду в разі, якщо ці твердження відповідають широко відомим фактам і якщо загальний рівень достовірності заяви досить високий. Саме тому посилення на стандарти доказування бути сприйняті адміністративними судами значно раніше, ніж судами інших юрисдикцій.

Найбільш раннє рішення, наявне в Єдиному державному реєстрі судових рішень, в якому суд застосовував стандарт доказування «баланс ймовірностей» – рішення Бахмацького районного суду Чернігівської області від 2 листопада 2017 р. про встановлення факту проживання однією сім'єю. Суд вказав, що позивачем не було виконано свій обов'язок з доведення позовних вимог і на підставі наданих доказів неможливо зробити висновок, що факти, на які посиляється позивач, мали місце⁶. Зокрема, позивач стверджував, що він проживав однією сім'єю з померлим, однак із наданих суду доказів вбачається, що померлий проживав

у с. Стрільники Чернігівської області, а позивач був зареєстрований в м. Борзна Чернігівської області, де працює, одружений і має від шлюбу дитину, сім'я проживає за місцем його реєстрації.

Свідок (сусід позивача), який сам проживає в м. Борзна, а не в місцевості, де проживав померлий, підтвердив обставини про шлюбні відносини позивача, однак вказав, що водночас він ночував у дядька і жив разом з ним, поховав його за власні кошти. Віддаленість місця роботи позивача від місця проживання померлого та існування у позивача сімейних відносин з іншими особами (ніж померлий), які проживають в іншій місцевості, не дозволили суду зробити висновок, що даний факт мав місце, що стало підставою для відмови в задоволенні позовних вимог.

В іншій справі баланс ймовірностей було застосовано у ситуації, коли показання свідків суперечать один одному⁷. Позивач стверджував, що сусід викосив та забрав сіно, що росло на його земельній ділянці, щодо якої існує спір. У матеріалах справи є докази, що відповідач як завжди почав косити траву, однак виявилось, що позивач вже приватизував спірну земельну ділянку і проти косіння трави заперечує.

Відповідно до акта обстеження комісією земельної ділянки позивача встановлено, що трактористом на прохання відповідача було викошено траву на земельній ділянці, хоча свідок позивача (депутат сільської ради) перед судом вказав, що коли він прибув на ділянку, сіно було викошене, проте, хто і коли його викосив, він не бачив, хоча і підписав відповідний акт обстеження. Інший свідок у судовому засіданні пояснив, що сторони у справі є його сусідами, а земельна ділянка весь час оброблялась відповідачем, який на ній і скошував сіно, проте, хто в 2017 р. скошив сіно і обробляв її, свідок не знає. Наступний свідок пояснила, що вона виїхала на місце і особисто бачила, як тракторист скошує сіно, а відповідач був на городі разом з трактористом, проте тракторист, залучений у якості свідка, вказав, що він сіно на земельній ділянці позивача не косив і не бачив, хто міг косити сіно.

Таким чином достовірних доказів, які б однозначно підтверджували, що сіно було скошене самим відповідачем, або на його замовлення, до суду надано не було. Однак саме завдяки встановленому балансу ймовірностей за даних обставин було встановлено, що вірогідність скошення трави відповідачем є вищою, аніж будь-якою іншою особою.

Одним із перших рішень суду касаційної інстанції, в якому суд вдався до балансування ймовірностей, є постанова Касаційного господарського суду від 31 січня 2018 р. у справі № 910/8763/17 (судді І.С. Міщенко, І.С. Берднік, Г.М. Мачульський)⁸. Суд зазначив, що при оцінці достатності доказів діють спеціальні правила – стандарти доказування, якими має керуватися суд при вирішенні справи. Стандарти доказування є важливим елементом змагальності процесу. Якщо сторона не подала достатньо доказів для підтвердження певної обставини, то суд робить висновок про її недоведеність. Однак яким чином стандарти доказування були застосовані у даній справі – суд не розкрив.

Пізніше, у постанові від 11 квітня 2018 р. у справі № 910/12827/17 Верховним Судом у складі колегії суддів Касаційного господарського суду (судді В.Г. Суховий, І.С. Берднік, І.С. Міщенко) вже не просто зроблено посилання на стандарт доказування, а вказано на підстави його застосування: доводи позивача, викладені ним у позовній заяві та касаційній скаргі, є сумнівними, адже не випливають із співіснування достатньо переконливих, чітких і узгоджених між собою висновків чи схожих неспростованих презумпцій факту, що не узгоджується зі стандартом доказування «поза розумним сумнівом». 14 серпня 2018 р. Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду в своїй постанові у справі № 905/2382/17 зазначив, що принцип змагальності сторін у господарському судочинстві не передбачає обов'язку суду вважати доведеною та встановленою обставину, про яку сторона, на яку покладено тягар доказування, стверджує, а інша сторона не надала заперечень. Така обставина підлягає доказуванню таким чином, аби задовольнити, як правило, стандарт переваги більш вагомих доказів, тобто коли висновок про існування стверджуваної обставини з урахуванням поданих доказів видається більш вірогідним, ніж протилежний⁹.

В іншій справі суд апеляційної інстанції, скасовуючи ухвалу про забезпечення позову, вказав, що позивачем не надано переконливих аргументів (доказів) на підтвердження того, що державне підприємство «Державний експертний центр Міністерства охорони здоров'я України» обов'язково надасть висновок про безпечність, ефективність та якість лікарського засобу, що буде підставою для Міністерства охорони здоров'я України здійснити реєстрацію лікарського засобу. Однак Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду вказав, що суд апеляційної інстанції тим самим встановив для позивача надзвичайний та заздалегідь недосяжний стандарт доказування без урахування тієї мети, яку має особа, звертаючись до Центру із заявою про державну реєстрацію лікарського засобу і наслідків досягнення такої мети. Фактично апеляційний суд з метою забезпечення позову зажадав від позивача доведення не тільки потенційних ризиків подальшого невиконання судового рішення, а й того факту, що відповідач у справі обов'язково надасть висновок про безпечність, ефективність та якість лікарського засобу¹⁰.

Співвідношенню стандартам «поза розумним сумнівом» перед стандартом «баланс ймовірностей» 8 жовтня 2019 р. надала свою оцінку Велика Палата Верховного Суду, зазначивши, що обираючи стандарт доказування, який має використовуватися в дисциплінарних провадженнях, і беручи до уваги публічно-правову природу дисциплінарної відповідальності, слід віддати перевагу стандарту «поза розумним сумнівом» перед стандартом «баланс ймовірностей». Він означає, що в достовірності факту (винуватості особи) не повинно залишитися розумних сумнівів. Це не означає, що у його достовірності взагалі немає сумнівів, але означає, що всі альтернативні можливості пояснення наданих доказів є надмірно мало ймовірними.

Підґрунтям стандарту «поза розумним сумнівом» є фундаментальна цінність суспільства – гірше осудити невинного, ніж дозволити винному unikнути покарання; відповідно суспільство, яке цінує добре ім'я і свободу кожного, не повинно засуджувати людину, коли є розумні сумніви в її винуватості.

Висновки. Таким чином, очевидним є той факт, що стандарт доказування «баланс ймовірностей» вже застосовується у національній судовій практиці, однак засади його використання наразі судовою практикою ще не вироблені. Хоча ця доктрина була розроблена в країнах загального права, її застосування не суперечить концепції внутрішнього переконання судді: ідея, згідно з якою рішення має бути винесено на користь тієї сторони, чії твердження достовірні не самі по собі, а саме порівняно з твердженнями протилежної сторони, дозволяє судам виносити рішення в тих справах, коли позиції обох сторін небездоганні, а доказів для однозначних висновків недостатньо.

¹ Андронов І.В. Категорія «істина» та обґрунтованість судового рішення в цивільному процесі. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2017. № 4. С. 39. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vznu_Jur_2017_4_6

² Judgments - In Re B (Children) (FC) On Wednesday 11 June 2008 [2008] UKHL 35 on appeal from: [2008] EWCA Civ 282. URL: publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd080611/child-1.htm

³ Карапетов А.Г., Косарев А.С. Стандарты доказывания: аналитическое и эмпирическое исследование. *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*, 2019. Прил. № 5. С. 88.

⁴ Sindell v. Abbott Laboratories, Supreme Court of California. 26 Cal.3d 588 (Cal. 1980). URL: <https://casetext.com/case/sindell-v-abbott-laboratories>

⁵ Рішення Бахмацького районного суду Чернігівської області від 2 листопада 2017 р у справі 728/1468/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69970484/>

⁶ Рішення Бахмацького районного суду Чернігівської області від 5 червня 2018 р. у справі 728/1455/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74675135>

⁷ Постанова Верховного Суду від 31 січня 2018 р. у справі № 910/8763/17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72042344>

⁸ Постанова Верховного Суду від 14 серпня 2018 р. по справі № 905/2382/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76026164>

⁹ Постанова Верховного Суду від 14 серпня 2018 р. у справі № 910/1915/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75896089>

¹⁰ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 8 жовтня 2019 р. у справі № 9901/855/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84900516>

Резюме

Бут І.О. Використання стандарту доказування «баланс ймовірностей» у судовій практиці.

Надано характеристику основним стандартам доказування, що використовуються у країнах звичаєвого права: «баланс ймовірностей», «поза розумним сумнівом», які використовуються у судовій практиці Великобританії, та кримінальний стандарт «поза розумним сумнівом», цивільний стандарт «превалювання доказів», і проміжний стандарт – «ясні і переконливі докази», які використовуються у судовій практиці США.

Визначено основні умови застосування стандарту «баланс ймовірностей» в іноземній судовій практиці.

Виявлено поетапність впровадження стандартів доказування у практику ЄСПЛ: від простої згадки у справах проти Великобританії до розмежування стандартів доказування у кримінальних та квазікримінальних справах.

На основі дослідження емпіричних даних зроблено висновок, що стандарт доказування «баланс ймовірностей» вже застосовується у національній судовій практиці, однак засади його використання наразі судовою практикою ще не вироблені.

Ключові слова: доказування, стандарт доказування, істина, вірогідність, стандарт доказування «баланс ймовірностей», цивільний процес.

Резюме

Бут І.А. Использование стандарта доказывания «баланс вероятностей» в судебной практике.

Охарактеризованы основные стандарты доказывания, используемые в странах обычного права: «баланс вероятностей», «вне разумных сомнений», которые используются в судебной практике Великобритании, и уголовный стандарт «вне разумных сомнений», гражданский стандарт «превалирование доказательств», и промежуточный стандарт – «ясные и убедительные доказательства», которые используются в судебной практике США.

Определены основные условия применения стандарта «баланс вероятностей» в иностранной судебной практике.

Выявлена поэтапность внедрения стандартов доказывания в практику ЕСПЧ от простого упоминания в делах против Великобритании и до разграничения стандартов доказывания по уголовным и квазиуголовным делам.

На основе исследования эмпирических данных сделан вывод, что стандарт доказывания «баланс вероятностей» уже применяется в национальной судебной практике, однако основы его использования пока судебной практикой еще не выработаны.

Ключевые слова: доказывание, стандарт доказывания, истина, достоверность, стандарт доказывания «баланс вероятностей», гражданский процесс.

Summary

Ilia But. Application of the Balance of Probabilities Standard of Proof in Judicial Practice.

The paper describes key standards of proof used in common law countries: balance of probabilities and beyond reasonable doubt, applied in judicial practice in the UK, and the criminal standard beyond reasonable doubt, civil standard preponderance of evidence, and interim standard clear and convincing evidence, applied in judicial practice in the USA.

The author identifies main conditions for application of the balance of probabilities standard in foreign judicial practice: 1) this standard is not merely a surmise based on guesses or suspicions; such surmise shall be based on certain evidence, which in total is not enough to establish presence or absence of a certain fact unequivocally; 2) the graver is an allegation, the less probable is the occurrence of the fact, and hence it must be proved with harder evidence; 3) the less probable is an event, the more evidence there must be to prove that it might have truly occurred; 4) there is no direct connection between graveness of an allegation (consequences) and probability of an event: some grave harmful conduct may be fairly common or, on the contrary, may happen rather infrequently.

The paper identifies step-by-step implementation of standards of proof in practice of the European Court of Human Rights (ECHR): at the first stage one can find references to standards of proof only in cases against the United Kingdom; at the second stage there are judgments made on complaints against other countries, though in such judgments the ECHR does not assess standards of proof, but merely reflects that those have been applied by national courts. At the third (contemporary) stage the ECHR only distinguishes between application of standards of proof in criminal and quasi-criminal cases.

The author concludes on the basis of study of empirical data that the balance of probabilities standard of proof is already applied in the national judicial practice, however principles of its application in the judicial practice have not been developed yet. It is noted that though the doctrine of the standards of proof was developed in the common law countries, application thereof does not contradict the concept of judicial activism: an idea, according to which a decision must be made in favour of the party, whose statements are reliable not per se, but in comparison with statements of the adverse party, enables courts to make judgments in cases when positions of both sides are impeccable, and evidence for unequivocal conclusions is not enough.

Key words: proof, standard of proof, truth, credibility, balance of probabilities standard of proof, civil procedure.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.41

УДК 347.1(477)

О.О. ГАЙДУЛІН, І.М. ШАРКОВА

*Олександр Олександрович Гайдулін, кандидат філософських наук, кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України**
ORCID: 0000-0002-1269-7007

*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

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРИНЦИПУ ДОБРОСОВІСНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ: ПИТАННЯ РЕКОДИФІКАЦІЇ

Постановка проблеми. Стаття присвячена одній з важливих проблем рекодифікації цивільного законодавства в Україні – процесу подальшого впровадження принципу добросовісності в Цивільний кодекс. Загальновизнано, що важливим кроком на шляху модернізації цивільного законодавства є перекодифікація чинного законодавства. Саме з цією метою наприкінці 2020 р. була опублікована Концепція оновлення Цивільного кодексу України.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій. Проблеми сучасної рекодифікації Цивільного кодексу України знайшли своє осмислення у новітніх працях таких українських вчених як Н.Ю. Голубєва, І.В. Давидова, І.О. Дзера, А.С. Довгерт, В.М. Єрмоленко, В.Я. Калакура, О.О. Кот, О.В. Кохановська, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданик, О.І. Сафончик, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.О. Стефанчук, Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова, М.М. Хоменко та інші.

Особливо необхідно виокремити колективну монографію, яка вийшла під редакцією Є.О. Харитонова англійською мовою¹ та матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції «Оновлення Цивільного кодексу України: концептуальні засади», які частково знайшли відображення в цій публікації. Високий рівень наукової дискусії з цього питання завдала публікація А.С. Довгерта, яка була видана у 2019 р.² Однак наукові підходи щодо подальшої імплементації принципу добросовісності в цивільне законодавство, ще не розроблені.

© О.О. Гайдулін, І.М. Шаркова, 2020

* *Oleksandr Gaydulyn, Ph.D. in Philosophy; Ph.D. in Law, Associate Professor, Senior Research Associate of Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the NALS of Ukraine*

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

Формулювання мети статті. Дане дослідження націлене на розробку конкретних пропозицій щодо внесення змін до статей ЦКУ, в яких закріплені порядок реалізації принципу добросовісності.

Виклад основного матеріалу. Правове життя не стоїть на місці і тому практика правореалізації у сфері приватного права наполегливо вимагає певних заходів в іншій, дотичній сфері, – царині законотворчості. Такими заходами вбачаються певні зміни до чинних нормативно-правових актів, що вписуються в процес рекодифікації цивільного (приватного) права як «системного (а не фрагментарного) оновлення ЦК України».

Загальний аналіз Концепції модернізації вказує на один важливий висновок. Документ передбачає, мабуть, рекодифікацію усталеного законодавства і не змінює основних принципів, викладених у Цивільному кодексі, хоча кожна зміна законодавства в кожному конкретному випадку вимагає загальних пояснень. Незрозуміло, чи передбачає цей процес перекодифікацію або поступовий розвиток (посткодифікацію), але очевидним є те, що необхідно здійснити оновлення системи цивільного законодавства.

Щоправда, Концепція оновлення Цивільного кодексу України не містить конкретних пропозицій щодо змін в імплементації принципу добросовісності. Однак слід урахувати запропоновані в цьому акті підходи до модернізації ЦКУ або дух системного оновлення цивілістики. Так, важливими передумовами рекодифікації цивільного законодавства визначено: а) «сучасний досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини – «бастіонів» приватного права; б) «законодавчий приклад нових членів ЄС – колишніх країн «соціалістичного табору»; с) необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки»³.

Урахування саме цих принципів змушує звернутися до античних витоків приватного права, де, власне, й сформувався принцип добросовісності (*bona fides*).

У сучасній цивілістичній романістиці загальноприйнятими є три гіпотези виникнення принципу добросовісності в Стародавньому Римі: 1) діяльність преторів перегрівів, які регулювали відносини між римським громадянами та негромадянами на першому етапі формулярного процесу; 2) діяльність міських преторів, що здійснювали загальну юрисдикцію на першому етапі легісакційного процесу; 3) діяльність «самоврядного» арбітражу під впливом традиції Вірності (*fides*)⁴. Водночас показовим є те, що всі три гіпотези пов'язані з процесуальною діяльністю і саме в ситуаціях подолання зловживанням правом. Тому вбачається більш переконливою версією виникнення добросовісності, що пов'язується із запровадженням спеціальних засобів преторського захисту – позовів доброї совісті (*actio bona fide*) та ексепції зі злого умислу (*exceptio doli*).

На основі порівняльного історичного аналізу давньоримського принципу добросовісності, а також рецепції цього принципу в приватне право основних європейських країн було побудовано загальну дефініцію, яка містить такі вузлові положення: «надісторична сутність добросовісності полягає в тому, що цей загальноцивілістичний принцип природного права, основним призначенням якого є встановлення граничних засад здійснення суб'єктивних цивільних прав, виконує головну функцію протидії зловживанню правом і містить об'єктивні критерії: (а) оцінки справедливості розподілу прав і обов'язків, благ і витрат та супутніх ризиків між суб'єктами певних правовідносин на основі товарно-грошової еквівалентності; (б) тлумачення, пов'язаних з ними юридичних фактів, мотивів та обставин відповідної поведінки сторін цих зобов'язань на основі критерію природної розумності (здорового глузду)»⁵.

Новітня історія імплементації принципу добросовісності в законодавство України розпочалася практично з ухвалення «Декларації про державний суверенітет України» 16 липня 1990 р. Як свідчать результати емпіричного дослідження, за період з 1991 р. до ухвалення ЦК України 16 січня 2003 р. поняття добросовісності та похідні від нього поняття згадувалися 105 разів у 66 статтях 34 Законів України⁶.

Найбільш активно відбувалася рецепція норм добросовісності у ті акти, які традиційно відносять до конкурентного законодавства. Вирішальне значення для цього мало легальне закріплення поняття «недобросовісна конкуренція» в ст. 42 Конституції України від 28 червня 1996 р.⁷

Уперше в законодавстві України добросовісність як загальногалузевий принцип була закріплена разом із справедливістю та розумністю 10 січня 2002 р. з ухваленням Сімейного кодексу України⁸. Однак буде логічним припустити, що це відбулося не без впливу тривалих законопроектних робіт навколо Цивільного кодексу України.

Про стан імплементації принципу добросовісності в ЦК України як максимальної за всю історію цивільного права України насамперед свідчить та обставина, що як загальна засада цивільного законодавства добра совість вперше знайшла своє легальне закріплення з набуттям чинності Цивільним кодексом України від 16 січня 2003 р. Слід зауважити, що це поняття увійшло в законодавство в одному контексті з поняттями справедливості та розумності, що цілком відповідає загальній тенденції ототожнення римськими юристами добросовісності (*bona fides*) зі справедливістю взагалі (*aeguitas*)⁹.

Принцип добросовісності та норми, що впливають з нього, розподілені по основних структурних елементах Кодексу.

Так, у Книзі першій «Загальні положення» «добросовісність» та похідні поняття згадуються сім разів у шести статтях, що становить близько 25 % від загальної кількості таких згадувань у ЦК України. Особливо виділяється Розділ I «Основні положення», у якому вимога добросовісності прямо передбачена в трьох статтях (ст. 3, 12, 13). У Розділі II «Особливі положення» загальних положень такі згадування репрезентовані в двох статтях (ст. 39 та ст. 92). У Розділі IV «Правочини. Представництво» такі згадування відмічаються двічі у ст. 212.

Найбільш репрезентативним принцип та норми добросовісності виявилися в Книзі третій «Право власності та інші речові права». Тут у шести статтях виявлено 19 згадувань норм добросовісності, що становить близько 60 % від загальної кількості. Переважна більшість цих статей містяться у Розділі I «Право власнос-

ті» (330 – двічі, 344, 388 – чотири рази, 389, 390 – шість разів. У ст. 400, що належать до Розділу II «Речові права на чуже майно», передбачений обов'язок недобросовісного володільця негайно повернути майно особі, яка має на нього право власності чи інше право або яка є добросовісним володільцем.

Значно менше згадувань «добросовісності та похідних понять у Книзі четвертій «Право інтелектуальної власності» – шість згадувань у п'яти статтях (ст. ст. 470, 480, 484, 500, 507– двічі).

Мінімальною є вербалізована рецепція добросовісності в Книзі п'ятій «Зобов'язальне право». Одне таке згадування відмічається в Розділі I «Загальні положення про зобов'язання» (ст. 509), де, як вже зазначалося, закріплені добросовісність, розумність та справедливість як засади зобов'язального права. Інше – у Розділі II «Окремі види зобов'язань», підрозділ 2 «Недоговірні зобов'язання» (ст. 1215).

Системне переосмислення змісту цих норм веде до висновку про необхідність істотного корегування конструкцій тих норм, через які, власне, імплементується принцип добросовісності до Цивільного кодексу України.

Не маючи можливості докладно обґрунтувати в рамках цієї публікації кожен з пропозицій, які доцільно реалізувати, мусимо обмежуватися викладенням порівняльної таблиці змін та доповнень до Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р., що пропонуються здійснити під час рекодифікації.

Стаття чинної редакції Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р.	Зміни або доповнення, що пропонуються
<p>Стаття 3. Загальні засади цивільного законодавства 1. Загальними засадами цивільного законодавства є: ... б) справедливість, добросовісність та розумність.</p>	<p>Стаття 3. Загальні засади цивільного законодавства 1. Загальними засадами цивільного законодавства є:... б) <i>добросовісність, справедливість</i> та розумність <i>учасників цивільних відносин</i>.</p>
<p>Стаття 8. Аналогія 2. У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права).</p>	<p>Стаття 8. Аналогія 2. У разі неможливості <i>застосування актів цивільного законодавства або договору, а також використати аналогію закону</i> цивільні відносини регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства <i>та моральних засад суспільства</i> (аналогія права).</p>
<p>Стаття 12. Здійснення цивільних прав 1. Особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. 5. Якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом.</p>	<p>Стаття 12. Здійснення цивільних прав 1. Особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд та <i>добросовісно</i>. 5. Вважається, що поведінка особи є добросовісною, якщо інше не встановлено судом.</p>
<p>Стаття 13. Межі здійснення цивільних прав 1. Цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. 4. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства.</p>	<p>Стаття 13. Межі здійснення цивільних прав 1. Цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй <i>актами цивільного законодавства, договором та звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту</i>. 4. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися <i>вимог добросовісності, справедливості та розумності</i>.</p>
<p>Стаття 229. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом помилки 2. У разі визнання правочину недійсним особа, яка помилилася в результаті її власного недбальства, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки. Сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки.</p>	<p>Стаття 229. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом помилки 2. У разі визнання правочину недійсним особа, яка помилилася в результаті її власного недбальства, зобов'язана відшкодувати другій <i>добросовісній</i> стороні завдані їй збитки. Сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій (<i>добросовісній</i>) стороні завдані їй збитки.</p>
<p>Стаття 230. Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману 2. Сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.</p>	<p>Стаття 230. Правові наслідки вчинення правочину під впливом обману 2. Сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій (<i>добросовісній</i>) стороні збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.</p>

Стаття чинної редакції Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р.	Зміни або доповнення, що пропонуються
<p>Стаття 231. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом насильства 1. Правочин, вчинений особою проти її справжньої волі внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску з боку другої сторони або з боку іншої особи, визнається судом недійсним. 2. Винна сторона (інша особа), яка застосувала фізичний або психічний тиск до другої сторони, зобов'язана відшкодувати їй збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.</p>	<p>Стаття 231. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом насильства 1. Правочин, вчинений особою проти її справжньої волі внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску, <i>якій мав сприйматися як реальна загроза її правам та інтересам</i> з боку другої сторони або з боку іншої особи, визнається судом недійсним. 2. Винна сторона (інша особа), яка застосувала фізичний або психічний тиск до другої (<i>добросовісної</i>) сторони, зобов'язана відшкодувати їй збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.</p>
<p>Стаття 232. Правові наслідки правочину, який вчинено у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною 2. Довіритель має право вимагати від свого представника та другої сторони солідарного відшкодування збитків та моральної шкоди, що завдані йому у зв'язку із вчиненням правочину внаслідок зловмисної домовленості між ними.</p>	<p>Стаття 232. Правові наслідки правочину, який вчинено у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною 2. <i>Добросовісний</i> довіритель має право вимагати від свого представника та другої сторони солідарного відшкодування збитків та моральної шкоди, що завдані йому у зв'язку із вчиненням правочину внаслідок зловмисної домовленості між ними.</p>
<p>Стаття 233. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом тяжкої обставини 2. При визнанні такого правочину недійсним застосовуються наслідки, встановлені статтею 216 цього Кодексу. Сторона, яка скористалася тяжкою обставиною, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки і моральну шкоду, що завдані їй у зв'язку з вчиненням цього правочину.</p>	<p>Стаття 233. Правові наслідки правочину, який вчинено під впливом тяжкої обставини 2. При визнанні такого правочину недійсним застосовуються наслідки, встановлені статтею 216 цього Кодексу. Сторона, яка скористалася тяжкою обставиною, зобов'язана відшкодувати другій (<i>добросовісній</i>) стороні збитки і моральну шкоду, що завдані їй у зв'язку з вчиненням цього правочину.</p>
<p>Стаття 509. Поняття зобов'язання та підстави його виникнення 3. Зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості.</p>	<p>Стаття 509. Поняття зобов'язання та підстави його виникнення 3. Зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, <i>справедливості та розумності</i>.</p>

Висновки. Очікується, що запропоновані зміни до чинного Цивільного кодексу України мають стати предметом наукової дискусії та всебічного обговорення з практикуючими юристами-цивілістами.

Водночас необхідно зауважити, що збільшення в тексті оновленого Цивільного кодексу України кількості спеціальних норм, у яких реалізується принцип добросовісності, не тільки не бажане, а й суперечить самому духу цього принципу. Це, до речі, стосується й усіх інших загальних засад цивільного законодавства. Існує реальна загроза обернення надмірної каузальної врегульованості практично всіх відомих правових ситуацій у сфері цивільних відносин за результатами «дріб'язкової» рекодифікації на некеровану декодифікацію.

¹ Current issues of recodification of Ukrainian civil legislation : collective monograph / E.O. Kharytonov, N.Yu. Golubeva, O.I. Safonchik, V.O. Goncharenko, etc. – Lviv-Torun : Liha-Pres, 2020. 136 p.

² Dovgert, A.S. (2019). Recoding of the Civil Code of Ukraine: Basic Factors and Prerequisites for Starting. Law of Ukraine, 1, 27–42.

³ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 3.

⁴ Сорокіна Е.А. Категория добросовестности в западной традиции права: историко-теоретический аспект : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2009. С. 45–55.

⁵ Шаркова І.М. Принцип добросовісності у римському приватному праві : історія та сучасність: монографія / наук. ред. В.Ф. Опришко. Київ: КНЕУ, 2011. С. 38.

⁶ Там само. С. 116.

⁷ Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

⁸ Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21. Ст. 135.

⁹ Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима / науч. ред. В.С. Ем ; отв. ред. А.Д. Рудоквас ; Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. Кафедра гражданского права юридического факультета. Москва: Статут, 2003. С. 34.

Резюме

Гайдулін О.О., Шаркова І.М. Реалізація принципу добросовісності в цивільному законодавстві: питання рекодифікації.

Стаття присвячена важливій проблемі рекодифікації цивільного законодавства в Україні, що стосується процесу подальшого впровадження принципу добросовісності в Цивільний кодекс. Загально визнано, що важливим кроком на шляху модернізації цивільного законодавства є перекодифікація чинного законодавства. Саме з цією метою наприкінці 2020 р. була опублікована Концепція оновлення Цивільного кодексу України. З метою реалізації цієї Концепції пропонується внести зміни до таких статей Цивільного кодексу України: ст. ст. 3, 8, 12, 13, 229–233, 509. Головний висновок полягає в тому, що немає потреби деталізувати цей принцип через численні казуальні норми.

Ключові слова: цивільне право, цивільне законодавство, принцип добросовісності, кодифікація, рекодифікація.

Резюме

Гайдулин А.А., Шаркова И.Н. Реализация принципа добросовестности в гражданском законодательстве: вопросы рекодификации.

Статья посвящена важной проблеме рекодификации гражданского законодательства в Украине, что связано с процессом дальнейшего внедрения принципа добросовестности в Гражданский кодекс. Общеизвестно, что важным шагом на пути модернизации гражданского законодательства является перекодификация действующего законодательства. Именно с этой целью до конца 2020 г. была опубликована Концепция обновления Гражданского кодекса Украины. С целью реализации этой Концепции предлагается внести изменения в следующие статьи Гражданского кодекса Украины: ст. ст. 3, 8, 12, 13, 229–233, 509. Главный вывод заключается в том, что нет необходимости детализировать этот принцип через многочисленные казуальные нормы.

Ключевые слова: гражданское право, гражданское законодательство, принцип добросовестности, кодификация, рекодификация.

Summary

Oleksandr Gaydulyn, Iryna Sharkova. Implementation of the good faith principle in civil legislation: issues of recodification.

The article is devoted to one important problem of recoding of the civil legislation in Ukraine – the process of further implementation of the Good Faith principle in Civil Code.

It was generally accepted that the important step towards the modernization of the governing civil law is the re-codification of legislation in force. It is for this purpose that Concept of modernization of the Civil Code of Ukraine (Recodification) was published by the end of 2020.

The overall analysis of the Concept of modernization points to one important conclusion. The document involves it's probably the recodification of settled law and does not alter the main principles set out in Civil Code, although every change in legislation in any particular case requires a general explanation. It is unclear whether that process involves recodification or progressive development (post codification), but what was clear is that the system upgrade of civil legislation need to be done.

In this paper a comprehensive analysis of the reception of Roman good faith principle in the modern civil legislation of Ukraine is performed. In the Roman Jurisprudence this natural law principle has got the name bona fides. In this research paper is determined that bona fide principle is an effective means counteraction to abuse of subjective civil rights.

The meaning of good faith, though always based on honesty, may vary depending on the specific historical context in which it is used. As in Roman times well as nowhere two universal criterion of good faith: fair price and common sense. For example, a person buys in good faith when he or she holds an honest belief in his or her right or title to the property and has no knowledge or reason to know of any defect in the title.

In the modern doctrine of private law good faith is defined generally as honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.

The process of reception of the good faith principle in the modern civil law is investigated separately. One can draw conclusion that further development of civil legislation of Ukraine should be based on the classic concept of good faith (bona fides).

With a view to enforcing this Concept of modernization, it is proposed to amend the following articles of the Civil Code of Ukraine: art. 3, 8, 12, 13, 229–233, 509. In these articles the principle of good faith is implemented.

The main conclusion is that there is no need to detail this principle with due to the numerous casual norms.

Key words: civil law, civil legislation, good faith principle, codification, recodification.

О.О. МЕЛЬНИК

*Ольга Олегівна Мельник, кандидат юридичних наук, адвокат, старший викладач Київського інституту інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія»**

ORCID: 0000-0002-2088-630X

ЗМІНА ТА РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ У ВИПАДКУ ДІЇ ОБСТАВИН ФОРС-МАЖОРУ ВНАСЛІДОК ПАНДЕМІЇ

Постановка проблеми. Форс-мажор (непереборна сила) може бути причиною істотної зміни обставин, що є підставою для розірвання або зміни договору і, у кінцевому рахунку, призводить до припинення зобов'язання (його розірвання) або збереження зобов'язання у зміненому вигляді. Правове регулювання правових наслідків істотної зміни обставин, які існують при укладенні договору, як правило, будується на основі одного з двох ключових принципів договірного права: принципу, згідно з яким договори мають виконуватись (*pacta sunt servanda*), або застереженні про незмінність обставин (*clausula rebus sic stantibus*). У законодавстві зарубіжних країн містяться норми, відповідно до яких «зміна обставин може бути виправданням зміни договору, коли збереження договору у первісному вигляді призводить до надзвичайних результатів, не сумісних із справедливістю»¹. Основними наслідками істотної зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору, є:

– власне зміна договору, тобто зміна умов договору (і як наслідок – зобов'язань між сторонами) при збереженні самого договору в силі;

– розірвання договору за згодою сторін.

На сьогодні в нашій країні, як і в багатьох країнах світу, склалася ситуація, яка унеможлиблює виконання договірних зобов'язань, пов'язаних із запровадженням країнами загальнонаціональних карантинів у зв'язку із пандемією коронавірусної хвороби (COVID-19). Уряд нашої держави також вдався до врегулювання ситуації, яка склалася із запровадженням карантину на території України. Це стосується регулювання як економічної, так і соціальної сфери.

Відповідно до Законів України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 6 квітня 2000 р.² та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникнення і поширення коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 17 березня 2020 р.³ на території нашої держави введено загальнонаціональний карантин, спрямований на захист населення від коронавірусної хвороби. Запровадження карантинних заходів суттєво вплинуло на роботу всіх без винятку бізнесових структур, призвело до призупинення діяльності багатьох підприємств та унеможливило, у більшості випадків, виконання зобов'язань, у тому числі й цивільно-правових.

Аналіз досліджень, публікацій та нормативних актів. Питання цивільно-правової відповідальності тією чи іншою мірою досліджувалися в літературі з загальної теорії права (С.С. Алексєєв, у спільній роботі О.С. Йоффе та М.Д. Шаргородського та ін.), а також спеціалістами у галузі цивільного права. З робіт, присвячених відповідальності у цивільному праві, слід зазначити наступні. Питання характеру та підстав відповідальності були предметом дослідження Г.Ф. Шершеневича, також, для цілей цього дослідження велике значення мають роботи О.С. Йоффе «Відповідальність за радянським цивільним правом» (1955 р.) та «Зобов'язальне право», у яких автор дає своє визначення цивільно-правової відповідальності і характеризує умови її настання, приділяючи найбільшу увагу суб'єктивному фактору вини⁴. У роботі В.А. Рахміловича «Про протиправність як підставу цивільної відповідальності» (1964 р.) обґрунтовується позиція щодо можливості визнання неправомірною, у тому числі, і такої дії, що не закріплена у нормі права. О.А. Красавчиков у роботі «Відшкодування шкоди, заподіяної джерелом підвищеної небезпеки» (1966 р.) надає обґрунтування аспектам відповідальності без вини, наводить різні погляди на цю проблему і робить висновок щодо природи цього явища⁵.

Визначення ризику як однієї із суб'єктивних підстав відповідальності міститься у праці В.А. Ойгензихта «Проблема ризику у цивільному праві» (1972 р.), у якій автор також наводить основні теорії ризику і торкається проблеми обґрунтування відповідальності без вини⁶.

Певні аспекти проблематики дослідження знайшли своє висвітлення у сучасних дисертаційних роботах з питань цивільно-правової відповідальності таких авторів, як: В.А. Хохлов «Цивільно-правова відповідальність за порушення договору», Т.С. Ківалова «Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодав-

ством України: теоретичні проблеми», Д.Н. Кархальов «Співвідношення заходів захисту і мір відповідальності у цивільному праві Росії», С.О. Коновалов «Підстава цивільно-правової відповідальності» та ін.⁷ Увесь масив наукової літератури з питань вивчення феномена форс-мажору можна поділити на наукові дослідження з римського приватного права, цивільного права дореволюційного, радянського та сучасного періодів (в умовах пандемії) – а саме зміни до Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» від 2 грудня 1997 р. (Відомості Верховної Ради України. 1998. № 13. Ст. 52), прийнятий Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 6 квітня 2000 р. (Відомості Верховної Ради України. 2000. № 29) та прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникнення і поширення коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 17 березня 2020 р.

Мета та завдання дослідження. Метою статті є дослідження теоретичних і практичних проблем цивільно-правової категорії «форс-мажор», формулювання пропозицій та висновків, виходячи із проаналізованого матеріалу, вивчення категорії форс-мажором (непереборною силою), комерційний ризик та їх розмежування, склалася ситуація, яка унеможливило виконання договірних зобов'язань, пов'язаних із запровадженням країнами загальнонаціональних карантинів у зв'язку із пандемією коронавірусної хвороби (COVID-19).

Для досягнення мети були поставлено таке завдання:

1. Дослідити, як в умовах пандемії відбувається укладення договорів, чи можемо вважати коронавірус форс-мажором.

Виклад основного матеріалу. Карантин як форс-мажорна обставина в договірних зобов'язаннях.

У науковій літературі зазначається, що ст. 652 ЦК України є однією із найбільш дискусійних у науці цивільного права України та на практиці⁸.

Відповідно до ст. 652 ЦК України істотна зміна обставин, з яких сторони виходили при укладенні договору, є підставою для його зміни або розірвання, якщо інше не передбачено договором або не впливає із суті зобов'язання. При цьому зміна обставин визнається істотною, коли вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це розумно передбачити, договір взагалі не був би ними укладений або був би укладений на умовах, що значно відрізняються.

Відповідно до ч. 2 ст. 652 ЦК України для зміни або розірвання договору на підставі істотної зміни обставин необхідною є наявність чотирьох умов:

- 1) в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;
- 2) зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачливості, які від неї вимагалися;
- 3) виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору;
- 4) із суті договору або звичаїв ділового обороту не впливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.

Якщо сторони не досягли згоди щодо приведення договору у відповідність з обставинами, які істотно змінились, або щодо його розірвання, договір може бути розірваний, а з підстав, встановлених ч. 4 ст. 652 ЦК України, – змінений за рішенням суду на вимогу заінтересованої сторони за наявності одночасно таких умов: у момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане; зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності, які від неї вимагалися; виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору; із суті договору або звичаїв ділового обороту не впливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона. Так, зміна договору у зв'язку з істотною зміною обставин допускається за рішенням суду у виняткових випадках, коли розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом. У разі розірвання договору внаслідок істотної зміни обставин суд, на вимогу будь-якої із сторін, визначає наслідки розірвання договору виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору.

Слід зазначити, що положення ч. 2 ст. 652 ЦК України також як і у недержавних збірках приватного і договірного права (Принципи європейського договірного права, Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 р.), не покладають на заінтересовану сторону необхідність здійснення (тобто вжиття необхідних засобів) дій щодо подолання причин, які викликала істотна зміна обставин. Аналогічна вимога міститься у ст. 8:108 Принципів європейського договірного права і в п. 1 ст. 79 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., але тільки щодо обставин непереборної сили / перешкод (*excuse due to impediment*): сторона не несе відповідальність за порушення договору, яке викликане обставиною непереборної сили, яке було поза її контролем, та яке не могло бути розумно прийнято до уваги під час укладення договору, або яке вона не могла подолати або запобігти.

Решта недержавних збірок приватного і договірного права (Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 р., Принципи європейського договірного права, Принципи, визначення та модельні правила європейського приватного права – Проект «загальних критеріїв» DCFR⁹) передбачають тільки вимогу відсутності причинно-наслідкового зв'язку між зміною обставин і діями заінтересованої сторони.

Відповідно ч. 3 ст. 653 ЦК України у разі зміни або розірвання договору зобов'язання змінюється або припиняється з моменту досягнення домовленості про зміну або розірвання договору, якщо інше не встанов-

лено договором чи не зумовлено характером його зміни. Якщо договір змінюється або розривається у судовому порядку, зобов'язання змінюється або припиняється з моменту набрання рішенням суду про зміну або розірвання договору законної сили. Таким чином, договір може бути розірваний або змінений, оскільки сторони не могли розумно передбачити відповідні ризики при його укладенні або оскільки прийнятий боржником на себе ризик виявився надзвичайно обтяжливим і в будь-якому випадку істотно порушує майнові інтереси однієї зі сторін¹⁰.

Отже, при наявності істотної зміни обставин відповідальність сторін зберігається. Це означає, що сторона, право якої порушено, має право вимагати відшкодування збитків. Отже, сторони при розірванні договору в зв'язку з істотно зміненими обставинами можуть вимагати не тільки справедливого розподілу реального збитку, а й упущеної вигоди¹¹.

Майже всі цивільно-правові договори містять пункт, який звільняє виконавців договору від відповідальності, а саме, якщо має місце форс-мажорна обставина (дія непереборної сили). Виникає питання: чи можна введення карантину вважати за форс-мажорну обставину?

Законодавці завчасно передбачили виникнення такого питання, а тому Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникнення і поширення коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 17 березня 2020 р. до частини другої ст. 141 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» були внесені відповідні зміни, і **карантин було визнано форс-мажорною обставиною**, під якою розуміють надзвичайні та невідворотні обставини, що об'єктивно унеможливають виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо)¹².

Висновок. Запровадження карантинних заходів суттєво вплинуло на роботу всіх без винятку бізнесових структур, призвело до призупинення діяльності багатьох підприємств та унеможливило, у більшості випадків, виконання зобов'язань, у тому числі й цивільно-правових.

Формально процедура визнання карантину форс-мажорною обставиною законодавчо визначена, також відбулися і відповідні зміни в законодавстві. Але наявність форс-мажору не звільняє виконавця за цивільно-правовим договором від його виконання, а лише відтерміновує в часі виконання.

Підбиваючи підсумки, виходячи із всього опрацьованого матеріалу, варто сказати, що договори цивільно-правового та господарсько-правового характеру спрямовуються на їх належне виконання. Зміст ст. 526 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та ст. 193 Господарського кодексу України (далі – ГК України) зводиться до того, що договірні зобов'язання між контрагентами повинні виконуватися належним чином. Інакше винна сторона у невиконанні зобов'язання повинна понести відповідальність.

ЦК України та ГК України передбачають випадки звільнення винної від невиконання зобов'язання сторони від цивільно-правової чи господарсько-правової відповідальності. Йдеться про звільнення від відповідальності у разі факту форс-мажору (непереборної сили)¹³.

На сьогодні в нашій країні, як і у багатьох країнах світу, склалася ситуація, яка унеможлиблює виконання договірних зобов'язань, пов'язаних із запровадженням країнами загальнонаціональних карантинів у зв'язку із пандемією коронавірусної хвороби (COVID-19).

Відповідно до Законів України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 6 квітня 2000 р. та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникнення і поширення коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 17 березня 2020 р. на території нашої держави введено загальнонаціональний карантин, спрямований на захист населення від коронавірусної хвороби. Запровадження карантинних заходів суттєво вплинуло на роботу всіх без винятку бізнесових структур, призвело до призупинення діяльності багатьох підприємств та унеможливило, у більшості випадків, виконання зобов'язань, у тому числі й цивільно-правових. Майже всі цивільно-правові договори містять пункт, який звільняє виконавців договору від відповідальності, а саме, якщо має місце форс-мажорна обставина (дія непереборної сили).

Встановлений Урядом карантин визнаватиметься форс-мажором лише у випадку, коли запроваджені ним заходи об'єктивно унеможливають виконання зобов'язань, передбачених умовами конкретного договору (контракту, угоди тощо) або законодавчими та іншими нормативними актами.

Наслідки визнання коронавірусу у форс-мажором також залежать від умов договору (наприклад взяти договір про надання послуг з перевезення пасажирів міжміського сполучення), відповідно до постанови: здійснення регулярних та нерегулярних перевезень пасажирів автомобільним транспортом у міському, приміському, міжміському, внутрішньообласному та міжобласному сполученні, зокрема пасажирські перевезення на міських автобусних маршрутах у режимі маршрутного таксі¹⁴, може бути як тимчасове припинення виконання зобов'язань сторонами, яке при певній тривалості дозволяє одній або двом сторонам розірвати договір, так і право сторони розірвати договір на самому початку.

В умовах пандемії має значення не тільки її наслідки стосовно виконання вже укладених договорів, а й правильне визначення умов знову укладених договорів. Наскільки довго триватиме кризова ситуація з COVID-19 поки незрозуміло, ситуація постійно змінюється, державами вводяться нові обмежувальні заходи, організації та підприємці також змушені враховувати нові реалії економічної діяльності, в тому числі і невизначеність ситуації. У такій обстановці особливо важливим стає правильний розподіл ризиків між контрагентами. Учасникам обороту потрібно задуматися про включення в договори спеціальних умов щодо ризиків, зв'язаних з пандемією, також сторони мають право не тільки передбачити порядок взаємодії в форс-мажорній ситуації, а й заздалегідь, з урахуванням всіх ризиків, передбачити можливість перерозподілу їх і відшкодування при настанні певних обставин, не пов'язаних з порушенням зобов'язань.

- ¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Москва: Международ. отноше-ния, 2000. Т. 2. 480 с.
- ² Про захист населення від інфекційних хвороб: Закон України від 6.04.2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 29. Ст. 228.
- ³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникнення і поширення коро-навirusної хвороби (COVID-19): Закон України від 17.03.2020 р.
- ⁴ Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1955. 311 с.
- ⁵ Рахмилович В.А. О противоправности как основании гражданской ответственности. Советское государство и право. 1964. № 3. С. 58–59.
- ⁶ Ойгензихт В.А. Проблема риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. 224 с.
- ⁷ Коновалов С.А. Основание гражданско-правовой ответственности. Москва, 2006. 246 с.
- ⁸ Мельник О.О. (Застереження про незмінність обставин договору та форс-мажор у цивільному праві України. *Націо-нальний юридический журнал: теорія и практика*. 2016. № 2/1 (18). С. 76–78.
- ⁹ Попов Н.В. Теоретические и практические вопросы изменения и расторжения гражданско-правового договора в связи с изменением обстоятельств. Москва, 2003, 170 с.
- ¹⁰ Мельник О.О., Харитоновна Є.О. Класифікація ризиків у цивільному праві України. *Нова редакція Конституції Украї-ни та вдосконалення цивільного законодавства: проблеми гармонізації*: матеріали круглого столу. Одеса: Фенікс, 2013.
- ¹¹ Лиховидов К. Риск как условие дифференциации и объема мер юридической ответственности. *Законность*, 2001. 129 с.
- ¹² Про торгово-промислові палати в Україні: Закон України від 2.12.1997 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 13. Ст. 52.
- ¹³ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44.
- ¹⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та еконо-мічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19) (2020): Закон України № 540-IX від 30.03.2020 р.

Резюме

Мельник О.О. Зміна та розірвання договору у випадку дії обставин форс-мажору внаслідок пандемії.

Форс-мажор (непереборна сила) може бути причиною істотної зміни обставин, що є підставою для розірвання або зміни договору і, у кінцевому рахунку, призводить до припинення зобов'язання (його розірвання) або збереження зобов'язання у зміненому вигляді.

Правове регулювання правових наслідків істотної зміни обставин, які існують при укладенні договору, як правило, будується на основі одного з двох ключових принципів договірної права: принципу, згідно з яким договори мають виконуватись (*pacta sunt servanda*), або застереженні про незмінність обставин (*clausula rebus sic stantibus*). У законодавстві зарубіжних країн містяться норми, відповідно до яких «зміна обставин може бути виправданням зміни договору, коли збереження договору у первісному вигляді призводить до надзвичайних результатів, не сумісних із справедливістю».

Нині в нашій країні, як і у багатьох країнах світу, склалася ситуація, яка унеможливило виконання договірних зобов'язань, пов'язаних із запровадженням країнами загальнонаціональних карантинів у зв'язку із пандемією коронавірусної хвороби (COVID-19). Уряд нашої держави також вдався до врегулювання ситуації, яка склалася із запровадженням карантину на території України.

Ключові слова: форс-мажор, непереборна сила, укладення договору, зміна договору, розірвання договору, умови, зобов'язання, пандемія.

Резюме

Мельник О.О. Изменение и расторжение договора в случае действия обстоятельства форс-мажора в результате пандемии.

Форс-мажор (непреодолимая сила) может быть причиной существенного изменения обстоятельств, являющихся основанием для расторжения или изменения договора, и, в конечном счете, приводит к прекращению обязательства (его расторжения) или сохранение обязательства в измененном виде.

Правовое регулирование правовых последствий существенного изменения обстоятельств, которые существуют при заключении договора, как правило, строится на основе одного из двух ключевых принципов договорного права: принципа, согласно которому договоры должны выполняться (*pacta sunt servanda*), или оговорке о неизменности обстоятельств (*clausula rebus sic stantibus*). В законодательстве зарубежных стран содержатся нормы, согласно которым «изменение обстоятельств может быть оправданием изменения договора, если сохранение договора в первоначальном виде приводит к чрезвычайным результатам, не совместимых со справедливостью».

На сегодняшний день в нашей стране, как и во многих странах мира, сложилась ситуация, которая делает невозможным выполнение договорных обязательств, связанных с введением странами общенациональных карантин в связи с пандемией коронавирусной болезни (COVID-19). Правительство нашего государства также обратился к урегулированию ситуации, сложившейся с введением карантина на территории Украины.

Ключевые слова: форс-мажор, непреодолимая сила, заключение договора, изменение договора, расторжение договора, условия, обязательства, пандемия.

Summary

Olga Melnyk. Change and termination of the agreement in case of force major circumstances due to the pandemic.

Force majeure can cause a significant change in circumstances, which is the basis for termination or change of the contract, and, ultimately, leads to the termination of the obligation (its termination) or the preservation of the obligation in a modified form. Legal regulation of the legal consequences of a significant change in the circumstances that exist at the conclusion of the contract is usually based on one of two key principles of contract law: the principle, according to which contracts must be performed (*pacta sunt servan-*

da), or clause (*clausula rebus sic stantibus*). The legislation of foreign countries contains rules, according to which “a change of circumstances may justify a change in the contract, when the preservation of the contract in its original form leads to extraordinary results, incompatible with justice”. The main consequences of a significant change in the circumstances that guided the parties in concluding the contract are:

- actually change the contract, ie change the terms of the contract (and as a consequence – the obligations between the parties) while maintaining the contract in force;
- and termination of the contract by agreement of the parties.

If the parties do not agree to bring the contract in line with the circumstances that have changed significantly, or to terminate it, the contract may be terminated on the grounds, established by the Central Committee of Ukraine, amended by a court decision at the request of the interested party: at the conclusion of the contract the parties proceeded from the fact that such a change of circumstances will not occur; the change of circumstances is due to reasons, which the interested party could not eliminate after their occurrence with all the care and diligence, required of it.

Today, in our country, as in many countries around the world, there is a situation that makes it impossible to fulfill the contractual obligations related to the introduction of national quarantine in connection with the pandemic of coronavirus (COVID-19). The government of our state has also resorted to resolving the situation with the introduction of quarantine on the territory of Ukraine.

Key words: Force majeure, force majeure, conclusion of a contract, change of a contract, termination of a contract, conditions, obligations, pandemics.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.43

УДК 349.2

Н.А. ЦИГАНЧУК, Р.Д. ЛЯШЕНКО, В.В. КАЛЕНЮК

*Наталія Антонівна Циганчук, кандидат юридичних наук, доцент**

ORCID: 0000-0002-1916-6524

*Руслана Дмитрівна Ляшенко, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Поліського національного університету***

ORCID: 0000-0002-6129-7907

*Вікторія Вікторівна Каленюк, студентка магістратури Поліського національного університету****

АУТСОРСИНГ ТА АУТСТАФІНГ: СУТНІСТЬ ТА ПРАКТИКА РЕАЛІЗАЦІЇ

Постановка проблеми. Аутсорсинг та аутстафінг є актуальними конструкціями в правовій системі будь-якої держави, що вимагають належного законодавчого врегулювання. Їх особливість полягає у специфічних формах трудових правовідносин між замовниками послуг та виконавцями. До цього часу дане питання не врегульовано належним чином на законодавчому рівні в Україні, внаслідок чого суб'єкти підприємництва вимушені звертатися до узагальнюючих норм законодавства. Таким чином, існує потреба у дослідженні особливостей нормативного врегулювання питання аутсорсингу та аутстафінгу, а також визначення більш ефективної моделі трудової взаємодії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми законодавчого регулювання аутсорсингу та аутстафінгу досліджено у наукових публікаціях таких вітчизняних учених, як: С. Беляєва, С. Вавженчук, В. Вітко, О. Крушельницька, О. Кужелєв, Є. Цатурян, С. Цимбалюк та ін. Крім того, до даної проблематики неодноразово звертаються юристи-практики (Н. Загрія, Д. Стадник та ін.).

Визначення спільних та відмінних рис між аутсорсингом та аутстафінгом досліджено у працях: Т. Галайди, М. Іншиної, А. Товстохатська, Г. Чанишевої, В. Щербини та ін. У зв'язку із чим висловлювалися різноманітні підходи до їх розуміння.

Не зважаючи на наявність значної кількості праць, присвячених окремим аспектам аутсорсингу та аутстафінгу, існує потреба у визначенні їх ключових характеристик та ефективних форм взаємодії між окремими суб'єктами.

Формулювання мети статті. Мета даної статті полягає у дослідженні основних правових аспектів регулювання відносин, що пов'язані з аутсорсингом та аутстафінгом.

© Н.А. Циганчук, Р.Д. Ляшенко, В.В. Каленюк, 2020

* *Nataliia Tsyganchuk, Ph.D. in Law, Associate Professor*

** *Ruslana Liashenko, Ph.D. in Law, Associate Professor, Head of Department of Polissia National University*

*** *Viktoriia Kaleniuk, student of II year of the Master's degree of Polissia National University*

Викладення основного матеріалу. Незалежно від того, чи йдеться про велику компанію, яка має на меті запровадити новітні технології, чи невеликий стартап, що має на меті розвивати великий бізнес, перед усіма ними достатньо часто постає одна і та ж сама проблема – нестача кваліфікованих працівників. Оскільки набір кадрів – це досить складний процес, і далеко не кожен власник бізнесу готовий до реалізації усіх його етапів¹. На сьогоднішній день у бізнесі є достатньо популярним застосування аутсорсингу та аутстафінгу, зокрема, у ІТ секторі, наданні правових, технічних, клінінгових та інших послуг.

Під категорією «аутсорсинг» потрібно розуміти передачу підприємством, установою чи організацією окремих функцій підприємництва іншим компаніям, що провадить діяльність на підставі окремого договору. Законодавче закріплення поняття аутсорсинг міститься у Розділі 4 Національного класифікатора України «Класифікація видів економічної діяльності ДК 009:2010», відповідно до якого під ним потрібно розуміти окрему угоду, змістом якої передбачено доручення замовником підряднику виконання певних завдань, у тому числі й щодо частини чи повного виробничого процесу, підбору персоналу, допоміжних функцій¹.

У свою чергу поняття «аутстафінг» потрібно розглядати як діяльність, що пов'язана з наданням персоналу. Тобто роботодавець наймає працівника, який є спеціалістом в окремій галузі, на якого в подальшому покладається обов'язок щодо виконання трудових функцій на підприємстві, установі чи організації замовника². На відміну від аутсорсингу, поняття аутстафінгу не закріплено на законодавчому рівні.

При цьому доцільно звернути увагу на те, що такий вид діяльності, як аутстафінг закріплено у положеннях Конвенції про приватні агентства зайнятості від 19 липня 1997 р. Нормами зазначеного міжнародного документа врегульовано особливості використання аутстафінгу у світовій економіці, проте до цього часу його не було ратифіковано Україною³.

До того ж окремі положення щодо аутстафінгу закріплено в нормах Закону України «Про зайнятість населення». Так, ст. 39 зазначеного законодавчого акта передбачає, що юридичні особи мають право на провадження діяльності, пов'язаної із наймом персоналу для подальшої його передачі іншим компаніям з метою виконання певних трудових функцій⁴.

Додатково доречно звернути увагу на положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Статтею 6 ЦК України передбачено, що сторони наділяються правом на укладення договору, який чітко не передбачений нормами цивільного законодавства, проте за своєю сутністю повністю відповідає його засадам. До того ж ст. 627 ЦК України встановлено, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагентів та визначенні умов договору, з урахуванням вимог цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості⁵.

Визначивши особливості законодавчого закріплення аутсорсингу та аутстафінгу в Україні, пропонуємо звернутися до специфіки їх практичної реалізації. Отже, аутстафінг – це бізнес-модель, яка передбачає залучення до команди розробників компанії інших працівників, що не передбачає їх введення до штату. На перший погляд, це не що інше, як включення підрядника до бізнес-процесів. Різниця полягає в тому, що підрядник ретельно підбирається виконавцем, з яким безпосередньо укладається угода замовником. Загалом модель аутстафінгу виглядає наступним чином: клієнт самостійно встановлює перелік кваліфікаційних вимог до працівника, якого необхідно залучити до певного проекту; аутстафінгова компанія надає для ознайомлення замовнику перелік кваліфікованих працівників, які є спеціалістами з певного напрямку; замовник має право на проведення співбесіди з кандидатами до його команди, за результатами чого приймається остаточне рішення; у процесі реалізації умов договору, наприклад, під час виконання окремих завдань, замовник безпосередньо контактує із працівником та встановлює його робочий графік.

Аутсорсинг – це модель, яка передбачає залучення до виконання окремих трудових функцій віддалених спеціалістів. Підбір кандидатів для виконання таких функцій здійснюється безпосередньо аутсорсинговою компанією. При цьому замовник перебуває у трудових відносинах з компанією-виконавцем, а остання, у свою чергу, у трудових правовідносинах із працівниками. На відміну від аутстафінгу, аутсорсинг передбачає ще одну ланку – це менеджер аутсорсингової компанії, якому безпосередньо підпорядковуються наймані працівники та який вирішує питання щодо їх робочого графіка.

Отже, в даному випадку замовник не здійснює безпосередній вплив на працівника. У цілому модель аутсорсингу виглядає наступним чином: замовником формується перелік вимог до виконуваної роботи, який направляється до аутсорсингової компанії; отримавши вимоги замовника, аутсорсингова компанія визначає відповідальних співробітників та створює дорожню карту виконуваної роботи; у процесі виконання функцій, які покладено на працівників договором між замовником та виконавцем, останній звітує перед замовником про стан виконуваної роботи; кінцевим результатом аутсорсингу є виконання роботи, виготовлення окремого проекту чи надання послуги.

Основна відмінність між моделями аутстафінгу та аутсорсингу полягає в їх цілях. По суті, мета служб аутстафінгу – найняти одного спеціаліста (або декількох), який приєднується до команди замовника та працює до тих пір, поки в останнього є у цьому потреба. Такі співробітники перебувають під безпосереднім наглядом замовника, який несе відповідальність за використання їхніх навичок та виконання своїх обов'язків щодо таких співробітників.

У свою чергу, мета аутсорсингу полягає у виконанні певної роботи, виготовленні проекту чи наданні послуг. У такому разі увесь обсяг відповідальності за виконання необхідної роботи покладається безпосередньо на аутсорсингову компанію.

Існує велика різниця між аутстафінг-послугами та аутсорсингом в контексті організаційної структури та ставлення до роботодавця. Зокрема, варто звернути увагу на те, що співробітники аутсорсингової компанії працюють один із одним протягом тривалого часу, що позитивно впливає на рівень їх взаємодії і, як наслідок, на якість кінцевого результату. Важливим є також те, що співробітники аутсорсингових компаній завжди мають у своєму розпорядженні всі необхідні інструменти та середовище для виконання своєї роботи. Це здійснює величезний позитивний вплив на загальну діяльність команди.

Отже, аутсорсинг та аутстафінг – це послуги, спрямовані на зменшення кількості штатних працівників та витрат на утримання персоналу, оптимізацію податкової політики. Завдяки високій конкурентоспроможності, вони все частіше застосовуються на практиці.

На думку О.М. Кужелева, правовий аутсорсинг – це послуга, яка вже показала високу результативність для багатьох представників вітчизняного бізнесу та є перспективною в найближчому майбутньому. Правовий аутсорсинг реалізується виключно через договірні правовідносини, а предметом такого договору є правові послуги, надання яких буде забезпечувати кваліфікований юрист у визначеній замовником галузі правових знань, виконуючи прописані у договорі завдання, які делегуються замовником. Серед переваг правового аутсорсингу О.М. Кужелев виокремлює: відсутність відповідальності роботодавця за працівника в частині сплати податків, страхових внесків, необхідності оформлення трудових відносин; гарантія безперервного юридичного обслуговування; надання для юридичного обслуговування замовнику вузькопрофільних фахівців у відповідній галузі права, що забезпечує високий рівень якості правових послуг; економія часу на виконання правових послуг.

Правовий аутстафінг О.М. Кужелев визначає як форму юридичного обслуговування, що передбачає виведення за штат юридичної компанії-провайдера фахівця у галузі права та включення його в штат компанії-замовника для вирішення юридичних питань на певний період, визначений у договорі. До переваг правового аутстафінгу автор відносить: економію фінансових та часових ресурсів підприємства-замовника; можливість залучати професіоналів, які спеціалізуються на відповідній галузі права; запозичений працівник надає правові послуги за місцем знаходження компанії-замовника, що є фактичним його роботодавцем; уникнення юридичної відповідальності у взаємовідносинах з аутстафінговим персоналом (фахівцем у галузі права). Отже, правовий аутсорсинг та правовий аутстафінг – це форми правового обслуговування, а юридичною підставою для виникнення відповідних правовідносин є договір⁶.

Висновки. Таким чином, розглянувши поняття, сутність та законодавче регулювання аутсорсингу та аутстафінгу в Україні, варто зазначити, що обидві моделі є достатньо актуальними на сьогоднішній день. Незважаючи на це, законодавцем не зроблено жодних дій, спрямованих на належне врегулювання даного питання та усунення можливих розбіжностей у їх розумінні. З метою усунення такої проблеми існує потреба у здійсненні наступних заходів:

1) ратифікація Україною Конвенції про приватні агентства від 19 липня 1997 р.;

2) внесення відповідних змін до норм Цивільного та Господарського кодексів України, а також Кодексу України про працю;

3) розробка та прийняття Закону України «Про аутсорсингові та аутстафінгові компанії».

Проаналізувавши характерні особливості аутсорсингу та аутстафінгу, доцільно зазначити, що обидві моделі мають свої переваги. Визначення необхідної моделі має здійснюватися в кожному окремому випадку індивідуально. Так, якщо суб'єкт підприємництва має потребу в залученні кваліфікованих спеціалістів для виконання певних функцій на постійній основі чи протягом тривалого часу, йдеться про аутстафінг, а якщо замовник потребує отримання вже готового результату – про аутсорсинг.

¹ Аутсорсинг і аутстафінг: різниця, недоліки і переваги, підводні камені. URL: <https://safir.ua/ua/outsorsing-i-autstaffing-rizniczya-nedoliki-i-perevagi-pidvodni-kameni.html> (дата звернення: 17.12.2020).

² Аутсорсинг і аутстафінг: різниця, недоліки і переваги, підводні камені. URL: <https://safir.ua/ua/outsorsing-i-autstaffing-rizniczya-nedoliki-i-perevagi-pidvodni-kameni.html> (дата звернення: 17.12.2020).

³ Конвенція про приватні агентства зайнятості: Міжнародний документ від 16.06.1997 р. № 191. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_046#Text (дата звернення: 17.12.2020).

⁴ Про зайнятість населення: Закон України від 5.07.2012 р. № 5067-VI. *Відомості Верховної Ради*. 2013. № 24. Ст. 243.

⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради*. 2003. № № 40–44. Ст. 356.

⁶ Кужелев О.М. Правові послуги: сутність та види: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2020. 215 с.

Резюме

Циганчук Н.А., Ляшенко Р.Д., Каленюк В.В. Аутсорсинг та аутстафінг: сутність та практика реалізації.

У статті розглянуто сутність аутсорсингу та аутстафінгу, а також їх правове регулювання в Україні. Висвітлено їх основні ознаки та характерні особливості. За результатами проведеного дослідження визначено найбільш оптимальну форму залучення персоналу. Так, оптимальна форма залучення персоналу впливає безпосередньо із потреб самого замовника, оскільки для отримання готового результату є логічним використання моделі аутсорсингу, а для тривалого виконання певних функцій – аутстафінгу. За результатами проведеного дослідження зроблено висновок про необхідність належного врегулювання питання аутсорсингу та аутстафінгу в Україні, що повною мірою відповідає вимогам сучасності.

Ключові слова: аутсорсинг, аутстафінг, правовий аутсорсинг, правовий аутстафінг, кваліфіковані працівники, аутсорсингові компанії, аутстафінгові компанії.

Резюме

Цыганчук Н.А., Ляшенко Р.Д., Каленюк В.В. Аутсорсинг и аутстаффинг: сущность и практика реализации.

В статье рассмотрена сущность аутсорсинга и аутстаффинга, а также их правовое регулирование в Украине. Дополнительно обращено внимание на практические аспекты указанных категорий, показаны их основные признаки и характерные особенности. По результатам проведенного исследования определена наиболее оптимальная форма привлечения персонала. Так, оптимальная форма привлечения персонала зависит непосредственно от потребностей самого заказчика, поскольку для получения готового результата является логическим использованием модели аутсорсинга, а для длительного выполнения определенных функций – аутстаффинга. По результатам проведенного исследования сделан вывод о необходимости надлежащего урегулирования вопроса аутсорсинга и аутстаффинга в Украине, что в полной мере отвечает требованиям современности.

Ключевые слова: аутсорсинг, аутстаффинг, правовой аутсорсинг, правовой аутстаффинг, квалифицированные работники, аутсорсинговые компании, аутстаффинговые компании.

Summary

Nataliia Tsyganchuk, Ruslana Liashenko, Viktoriia Kaleniuk. Outsourcing and outstaffing: essence and practice of implementation.

Outsourcing and outstaffing are relevant constructions in the economic system of any state, which requires proper legislative regulation of this issue. Their peculiarity lies in the specific forms of labor relations between customers of certain services and performers. So far, this issue is not properly regulated at the legislative level in Ukraine, as a result of which business entities are forced to turn to the general rules of law.

Today, the use of outsourcing and outstaffing is quite popular in business. As a rule, such concepts are used in cases when it comes to staff involvement, in particular, in the IT sector, the provision of cleaning services, maintenance and more.

The article considers the essence of outsourcing and outstaffing, as well as their legal regulation in Ukraine. Additionally, attention is paid to the practical aspects of these categories, their main features and characteristics are identified. According to the results of the study, the most optimal form of staff involvement was determined. Thus, the optimal form of staff involvement follows directly from the needs of the customer, because to obtain the finished result is logical to use the model of outsourcing, and for long-term performance of certain functions – outstaffing. If the business entity needs to involve qualified specialists to perform certain functions on a permanent basis or for a long time, it is outstaffing, and if the customer needs to get a ready-made result – outsourcing.

Based on the results of the study, it was concluded that the issue of outsourcing and outstaffing in Ukraine needs to be properly regulated, which fully meets modern requirements. In order to eliminate this problem, there is a need to take the following measures: 1) ratification by Ukraine of the Convention on Private Agencies of July 19, 1997; 2) making appropriate changes to the norms of the Civil and Commercial Codes of Ukraine, as well as the Labor Code of Ukraine; 3) development and adoption of the Law of Ukraine «On outsourcing and outstaffing companies».

Key words: outsourcing, outstaffing, legal outsourcing, legal outstaffing, skilled workers, outsourcing companies, outstaffing companies.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.44

УДК 347.6

В.М. ЧЕРНЕГА

*Віталій Миколайович Чернега, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана**

ORCID: 0000-0002-9118-6562

РОЗВИТОК ДОКТРИНИ СІМЕЙНОГО ПРАВА ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ЗАКОНОДАВЦЯ І СУБ'ЄКТІВ ПРАВЗАСТОСУВАННЯ

Постановка проблеми. Сімейне право України є різноаспектним і складним правовим феноменом із власною історією, традиціями та сучасністю. Наші уявлення про згадану галузь українського права, галузь української юридичної науки та однойменну навчальну дисципліну збагачують політематичні дослідження різних масштабів, які відкривають нові та цікаві сімейно-правові горизонти. Адже доктрина сімейного права покликана осягнути найтонші грані й потенціал сімейно-правового регулювання. Саме тому вкрай необхідно цілісно пізнати нинішній стан та перспективи українських сімейно-правових досліджень, а також розкрити вплив доктрини українського сімейного права на рівнях правотворення та правозастосування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням розвитку сімейно-правової доктрини присвячено одну із наукових праць Т.В. Боднар¹. Проте публікація згаданої вченої через об'єктивні обставини повною

© В.М. Чернега, 2020

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

мірою не розкриває весь «масив» українських сімейно-правових досліджень, оскільки вона була підготовлена ще в 2012 р., а відтоді сплинуло багато часу. В.А. Ватрас розглядає окремі аспекти правової доктрини як джерела сімейного права².

Формулювання мети статті. З огляду на поставлені завдання дослідження **метою** цієї статті є окреслення розвитку доктрини сімейного права, а також розкриття її впливу на законодавця та суб'єктів правозастосування.

Виклад основного матеріалу. Напрямом розвитку доктрини сімейного права є дослідження чинного законодавства, стрижневим актом якого є Сімейний кодекс України (далі – СК України). Ухвалення СК України і набрання ним чинності надало потужний поштовх для формування та динаміки доктрини сімейного права, що підтверджується глибокими дослідженнями, представленими вченими київської, харківської, західноукраїнської та одеської юридичних шкіл. Так, із 2002 р. як у науково-дослідних установах (Інститут держави і права імені В.М. Корецького, Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака), так і в закладах вищої освіти (Державний вищий навчальний заклад «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Міжнародний гуманітарний університет, Національна академія внутрішніх справ, Національна академія прокуратури України, Національний університет «Одеська юридична академія», Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Приватний вищий навчальний заклад «Університет Короля Данила», Тернопільський національний економічний університет (нині – Західноукраїнський національний університет), Харківський національний університет внутрішніх справ, Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна, Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова) нашої держави захищено низку докторських та (або) кандидатських дисертацій, а також дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора філософії в галузі права.

За тривалий час функціонування основного джерела правового регулювання сімейних відносин в Україні було підготовлено: одноособові та колективні монографії, численні публікації в фахових наукових виданнях України та інших держав, науково-практичні коментарі, а також результати наукових сімейно-правових досліджень апробаційного характеру тощо. Однак, як констатує Т.В. Боднар, фундамент сучасних наукових досліджень проблем сімейного права України було закладено ще в радянську добу в працях: М.В. Гордона, В.П. Маслова, Г.К. Матвеева, М.Т. Оридороги, О.А. Пушкіна, З.В. Ромовської, Я.М. Шевченко та ін.³

Помітними також є сімейно-правові дослідження, представлені науковій громадськості після проголошення Україною незалежності. До «скарбниці» української сімейно-правової думки увійшла докторська дисертація І.В. Жилінкової «Проблеми правового режиму майна членів сім'ї» (2000 р.). Згадана вчена зробила чималий внесок у розвиток доктрини сімейного права нашої держави. Адже, як справедливо наголошує І.В. Спасибо-Фатеева, її колегу та її доробок «знали далеко за межами України. Вона брала участь у різних наукових заходах в інших державах, таких як США, Японія, Англія та ін., співпрацювала із зарубіжними науковцями, які високо оцінюють її внесок у цивілістику, і передусім, у науку сімейного права. ... Вона брала участь у розробці Сімейного кодексу»⁴. Перелік її численних наукових публікацій (монографій, статей, повідомлень на конференціях тощо) міститься у виданні «Спогади про Людину, Вченого, Науковця (до 60-річчя від Дня народження професора Ірини Володимирівни Жилінкової)» (2019 р.)⁵.

Не можна також обійти увагою кандидатські дисертації, що були захищені наприкінці другого і в перші роки третього тисячоліття, тобто до моменту ухвалення СК України. Серед них дослідження: О.А. Явор «Функції шлюбного контракту в сімейному праві України» (1996 р.); Л.А. Савченко «Особисті права та обов'язки батьків і дітей за сімейним законодавством України» (1997 р.); В.П. Мироненко «Відповідальність батьків за неналежне виховання дітей за сімейним та цивільним законодавством України» (2001 р.); Л.В. Сапейко «Правове регулювання аліментних обов'язків батьків і дітей» (2003 р.).

Як наголошується на сторінках видання «Доктрина приватного права», Я.М. Шевченко залишила у спадок «близько 40 наукових статей, присвячених проблемам сімейного права та кодифікації сімейного законодавства»⁶. Із переліком її наукових надбань можна ознайомитися у виданні «Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від дня народження академіка Ярославни Миколаївни Шевченко)»⁷.

Чимало уваги не лише для розвитку доктрини сімейного права, а й процесу кодифікації сімейного законодавства зробила З.В. Ромовська. Як наголошує наш сучасник В.А. Ватрас, згадана вчена і тогочасна народна депутатка З.В. Ромовська під час розроблення СК України взяла за основу здобутки науки сімейного права, «особливо під час формування термінологічного апарата, а також розробки відповідних новел»⁸. Згадана представниця правової доктрини справедливо до досягнень СК України відносить: а) законодавче визнання природних прав на материнство та батьківство; б) розширення сфери регулювання особистих немайнових відносин; в) непозовну процедуру розірвання шлюбу судом; г) визнання права власності дітей на майно, яке призначене для їхнього розвитку; ґ) посилення охорони інтересів того з батьків, хто проживає з дитиною з інвалідністю; д) звуження обсягу тасмниці усиновлення; е) можливість усиновлення повнолітньої особи⁹.

Серед науково-практичних коментарів сімейного законодавства також надзвичайними популярними є: науково-практичні коментарі Сімейного кодексу України, підготовлені доктором юридичних наук, професором, заслуженим юристом України З.В. Ромовською (2003, 2006, 2009 р. видання); науково-практичні коментарі до Сімейного кодексу України за редакцією члена-кореспондента НАПрН України, професора

Ю.С. Червоного (2004, 2008 р. видання), до авторського колективу якого також увійшли: Г.С. Волосатий, В.І. Труба, О.М. Калітенко; «Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар» (2008 р.) за редакцією І.В. Жилінкової, а також авторками якого є представниці її наукової школи, зокрема: В.К. Антошкіна, Н.А. Д'ячкова, В.Ю. Москалюк, Я.В. Новохатська; науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України за редакцією доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента НАПрН України, заслуженого діяча науки і техніки України Є.О. Харитонова (2008 р.), авторами якого також є: Р.О. Стефанчук, С.О. Погрібний, О.І. Харитонова, О.І. Сафончик, Ю.В. Білоусов, А.І. Дрішлюк, В.М. Зубар, Л.Г. Лічман; «Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар» за редакцією доктора юридичних наук, професора С.Я. Фурси (2008 р.), до авторського колективу якого увійшли: С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, О.О. Кармаза, О.М. Клименко, В.О. Коцюба, В.О. Чопенко; науково-практичний коментар Сімейного кодексу України (2011 р.), авторами якого є: С.Б. Булеца, Ю.Ф. Іванов, О.В. Ієвіня та ін.; «Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України» (2011 р.); «Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар» за редакцією Т.В. Боднар, О.В. Дзери (2020 р.), до авторського колективу якого увійшли: О.О. Білик, Т.В. Боднар, В.А. Ватрас, І.О. Дзера, О.В. Дзера, М.М. Дякович, Л.В. Єфіменко, Л.В. Красицька, М.В. Логвінова, О.В. Михальнюк, К.В. Москаленко, В.М. Чернега, С.І. Шимон.

За тривале функціонування СК України докторські дисертації захищено за науковим консультуванням: академіків НАПрН України, заслужених діячів науки і техніки України, докторів юридичних наук, професорів (В.В. Луця, Р.О. Стефанчука); членів-кореспондентів НАПрН України, докторів юридичних наук, професорів (заслуженого юриста України О.В. Дзери; заслуженого діяча науки і техніки України Є.О. Харитонова); докторів юридичних наук, професорів (С.М. Бервена, Є.О. Мічуріна, Р.Б. Шишки). Це, зокрема, наукові здобутки: Л.В. Красицької «Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей» (2015 р.); О.А. Явор «Юридичні факти в сімейному праві України» (2018 р.); О.І. Сафончик «Шлюбні правовідносини в Україні: теорія і практика» (2018 р.); В.О. Кожевникової «Науково-теоретичні засади обмеження прав суб'єктів сімейних відносин» (2019 р.); М.В. Менджул «Теоретичні проблеми дії принципів сімейного права» (2020 р.); В.А. Ватраса «Джерела сімейного права» (2020 р.). За релевантною проблематикою опубліковані монографії згаданих представників сімейно-правової науки.

Доцільно згадати також монографії: «Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права» за загальною редакцією доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента НАПрН України, заслуженого діяча науки і техніки України І.В. Спасибо-Фатєєвої (2013 р.), до авторського колективу якої увійшли: І.В. Жилінкова, В.І. Борисова, В.А. Кройтор, В.К. Антошкіна, Р.М. Замуравкіна; О.В. Розгон «Договори у сімейному праві України» (2018 р.) та ін.

Кандидатські дисертації за сімейно-правовим спрямуванням захищено за науковим керівництвом: академіків НАПрН України, докторів юридичних наук, професорів (Р.А. Майданика; заслуженого юриста України О.Д. Крупчана; заслуженого діяча науки і техніки України Я.М. Шевченко); членів-кореспондентів НАПрН України, докторів юридичних наук, професорів (Т.В. Боднар, О.В. Дзери, І.В. Жилінкової, Є.О. Харитонова, А.Б. Гриняка); докторів і кандидатів юридичних наук, професорів і доцентів (С.Б. Булеца, В.А. Ватраса, В.С. Голанчука, С.Д. Гринько, О.М. Калітенко, В.І. Кисіля, О.С. Кізлової, М.В. Менджул, Р.М. Мінченко, М.В. Логвінової, І.С. Тімуш, В.І. Труби, С.Я. Фурси, С.І. Шимон, Р.Б. Шишки та ін.).

Після ухвалення і до моменту набрання СК України чинності науковій громадськості були представлені кандидатські дисертації: Т.О. Ариванюк «Правове регулювання відносин власності між подружжям» (2002 р.); Л.М. Зілковської «Правове регулювання усиновлення в Україні» (2002 р.); О.І. Карпенко «Правові засади утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування» (2002 р.); В.Ю. Москалюк «Дитячий будинок сімейного типу як форма улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування» (2003 р.); О.О. Ульяненко «Шлюбний договір у сімейному праві України» (2003 р.).

Оригінальними також видаються кандидатські дисертації: Р.М. Достдар «Рецепція принципів візантійської Еклоги сучасним сімейним та спадковим законодавством України» (2005 р.); В.А. Ватраса «Суб'єкти сімейних правовідносин» (2008 р.); В.С. Ковальської «Юридичний факт як підстава зміни та припинення сімейних правовідносин» (2013 р.); В.М. Чернеги «Морально-правові принципи в сімейному праві України» (2015 р.); С.М. Ходак «Категорія інтересу в сімейному праві України» (2020 р.).

Низка кандидатських дисертацій зосереджено на різнобічних проблемах інституту шлюбу. Йдеться про праці: О.І. Сафончик «Правове регулювання припинення шлюбу в Україні» (2004 р.); О.Ю. Бикової «Укладення та розірвання шлюбу за законодавством України» (2005 р.); К.М. Глиняної «Правове регулювання розлучення за сімейним законодавством України» (2006 р.); А.Б. Болховітінової «Припинення шлюбу за законодавством України» (2009 р.); Л.В. Липець «Врегулювання шлюбних та подібних до них відносин за законом та договором» (2009 р.).

Бібліотека української сімейно-правової літератури також поповнена кандидатськими дисертаціями, в яких у площині сімейного права розлого розглядається відповідальність та пов'язані із нею питання. Це дослідження: М.В. Логвінової «Цивільна та сімейно-правова відповідальність батьків за правопорушення, вчинені неповнолітніми» (2006 р.); О.Ф. Лапчевської «Позбавлення батьківських прав за сімейним законодавством України» (2013 р.); Є.Д. Тоніевич «Санкції в сімейному праві України» (2015 р.); Т.В. Войтенко «Визнання шлюбу недійсним та правові наслідки» (2015 р.); Л.Ю. Ковтунової «Інститут недійсного шлюбу у сімейному праві України» (2015 р.); І.О. Єфремової «Заходи відповідальності у сімейному праві» (2017 р.); Д.І. Сидоренко «Недійсність шлюбу в сімейному праві» (2019 р.).

Частину кандидатських дисертацій присвячено майновим сімейним правовідносинам. До них, зокрема, належать праці: А.О. Овчатової-Редько «Майнові правовідносини жінки та чоловіка, які перебувають у фактичному шлюбі, за законодавством України» (2009 р.); Д.І. Філошні «Спільна власність членів сім'ї за законодавством України» (2015 р.); В.О. Бажанової «Здійснення права власності подружжя» (2016 р.); А.Д. Стоянової «Правовий режим нерухомого майна членів сім'ї» (2016 р.); М.Б. Ніколенка «Новостворене майно як об'єкт спільної власності подружжя» (2018 р.); О.І. Лук'ячук «Обов'язок дітей утримувати батьків за сімейним законодавством України» (2019 р.); Є.Д. Ханович «Правове регулювання аліментних зобов'язань по утриманню дітей» (2019 р.).

«Серію» кандидатських дисертацій присвячено влаштуванню сиріт та інших категорій дітей, позбавлених батьківського піклування. Це дослідження: Ю.Ю. Черновалюк «Реалізація права на сім'ю шляхом створення дитячих будинків сімейного типу» (2010 р.); Н.П. Косенко «Усиновлення як інститут сімейного права» (2014 р.); Л.В. Лешанич «Правове регулювання квазісімейної форми виховання дітей» (2015 р.); І.А. Яницької «Опіка і піклування як форма влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування» (2015 р.); І.В. Мамай «Правове регулювання опіки та піклування за цивільним та сімейним законодавством України» (2016 р.); Є.В. Падуна «Інститут прийомного виховання у сімейному праві України» (2017 р.); У.В. Романюк «Патронат як форма влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування» (2018 р.); К.І. Березовської «Правове регулювання усиновлення з іноземним елементом» (2019 р.).

Свого часу в спеціальній літературі справедливо зауважувалося, що одним із перспективних сімейно-правових досліджень є питання про механізм забезпечення прав та інтересів дитини в Україні, що охоплює їхню реалізацію, охорону та захист¹⁰. Затребуваність зазначеної проблематики підтверджується кандидатськими дисертаціями: Н.М. Конончук «Сімейно-правовий статус дитини за законодавством України» (2014 р.); Г.О. Резнік «Особисті немайнові права дитини (цивільно-правовий та сімейно-правовий аспекти)» (2014 р.); Л.В. Романовської «Управління майном дитини за цивільним та сімейним законодавством України» (2016 р.).

Спільнота в рамках кандидатських дисертацій розглядає особисті немайнові сімейні права та обов'язки. Йдеться про роботи: Б.К. Левківського «Особисті немайнові права та обов'язки членів сім'ї» (2004 р.); І.Л. Сердечної «Особисті немайнові права та обов'язки інших членів сім'ї та родичів» (2017 р.).

Група авторів на рівні кандидатських дисертацій приділила увагу договірному регулюванню сімейних відносин. Це наукові праці: В.К. Антошкіної «Договірне регулювання відносин подружжя» (2006 р.); Г.М. Ахмач «Договірні правовідносини членів сім'ї» (2009 р.); Г.О. Гаро «Шлюбний договір як інститут сімейного права України» (2012 р.); Р.Б. Хобор «Шлюбний договір як регулятор майнових відносин подружжя» (2017 р.).

Власну «нішу» в номенклатурі напряму досліджень «Сімейне право» посідають компаративні сімейно-правові праці на рівні кандидатських дисертацій. До них належить наукова спадщина Я.В. Новохатської «Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект)» (2006 р.), а також порівняльні сімейно-правові дослідження: О.С. Олійник «Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем» (2009 р.); О.В. Мельниченко «Поділ майна подружжя за законодавством України та країн Європейського Союзу» (2015 р.); О.В. Мельник «Особисті немайнові права дитини при усиновленні за законодавством України та окремих зарубіжних країн» (2016 р.); О.О. Білик «Інститут окремого проживання в сімейному праві: порівняльно-правовий аспект» (2017 р.); О.С. Простибоженко «Гармонізація законодавства України із законодавством держав-членів Європейського Союзу щодо правового режиму спільності майна подружжя» (2017 р.); І.Е. Ревуцька «Правові підстави створення сім'ї за законодавством України та країн-членів ЄС: порівняльно-правова характеристика» (2018 р.).

Протягом 2020 р. за науковим керівництвом члена-кореспондента НАПрН України, доктора юридичних наук, старшого наукового дослідника, заслуженого юриста України О.О. Кота, а також докторів юридичних наук, професорів та доцентів (Л.В. Красицької, В.В. Надьон, О.В. Синегубова) захищено кілька дисертацій на здобуття наукового ступеня доктора філософії. Це наукові праці М.І. Байрачної «Права та обов'язки за Сімейним кодексом України»; О.М. Козак «Договір про влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування»; К.С. Красник «Форми здійснення права особи на сім'ю за сімейним законодавством»; О.А. Негоди «Захист майнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб: цивільно-правовий аспект»; В.В. Шевцової «Здійснення та захист прав дитини на належне батьківське виховання».

Викладене вище підтверджує, що за майже два десятиріччя наука українського сімейного права значно розширила проблематику досліджень. Багато проблем дістали «свіже» бачення, більшість новел сімейного законодавства розлого висвітлені в працях представників української сімейно-правової науки. На жаль, лише окремі теоретичні положення і висновки, що містяться в численних працях як наукового, так і науково-практичного характеру, втілені в актах сімейного законодавства України. Попри певні надбання, наявна низка вразливих або «недоглянутих» «зон» правової регуляції сімейних відносин, що потребують пильної уваги представників доктрини українського сімейного права.

Доктрина сімейного права України має посісти значне місце у формуванні сімейно-правової політики. Завданням останньої є інтеграція зусиль законодавця (1), суб'єктів правозастосування (2) та вчених у галузі сімейного права (3) задля розроблення планів і прогнозів удосконалення сімейного законодавства нашої держави, спрямованого на підвищення впливу сімейно-правових регуляторів. Зазначений вплив має також розширювати міжгалузеві зв'язки сімейного права.

На рівні правотворення доктрина сімейного права впливає, по-перше, під час розроблення законопроектів з питань сімейного права, оскільки до нормопроектної діяльності мають залучатися потужні наукові інституції, представлені авторитетними фахівцями у галузі сімейного права. Надбання доктрини сімейного права мають також застосовуватися під час внесення змін до чинного сімейного законодавства. По-друге, під час провадження правової експертизи законопроектів з питань сімейного права. По-третє, доктрина сімейного права має вплив на правосвідомість законодавця.

На рівні правозастосування доктрина сімейного права відтворює зміст лише наявних норм сімейного права, а не створює нових правил. Вона використовується під час виявлення прогалин у сімейно-правовому регулюванні, а також тлумачення норм сімейного права та індивідуальних актів.

Часом сімейно-правові позиції вчених впливають на ухвалення актів Конституційного Суду України. Прикладом може бути рішення згаданого поважного органу судової влади у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положень ч. 1 ст. 61 СК України від 19 вересня 2012 р.¹¹ Висновки було підготовлено різними науковими юридичними школами нашої держави, представленими Інститутом держави і права імені В.М. Корецького, а також трьома закладами вищої освіти (Національний університет «Одеська юридична академія», Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича).

Власні позиції щодо порушених у конституційному поданні у справі про різницю у віці між усиновлювачем і дитиною¹² свого часу висловили вчені Інституту держави і права імені В.М. Корецького, а також п'яти закладів вищої освіти (Академія адвокатури України, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Львівський національний університет імені Івана Франка, Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, Одеська національна юридична академія). Проте не лише деякі судді Конституційного Суду України висловили окремі думки в цій справі, а й були ігноровані сімейно-правові позиції деяких провідних учених. Приміром, З.В. Ромовська наголошує, що згаданий орган конституційної юрисдикції «без належного обґрунтування постановив рішення про конституційність цієї норми, всупереч позиції доповідача у справі, не побачивши в цій зміні ознаки дискримінації за віком. Адже ніхто не може сказати наперед скільки людині судилося жити і чи завжди молодий переживе старшого, та й чи завжди молодший буде кращим батьком чи матір'ю для сироти»¹³.

Висновки. Отже, не лише дайджест сімейно-правових досліджень, а й ретельне осмислення кожного з них, надає підстави констатувати, що сукупність науково обґрунтованих положень, сімейно-правових ідей і конструкцій, розроблених ученими нашої держави, потребують утілення в акти сімейного законодавства. Доктрина сімейного права України має посісти значне місце у формуванні сімейно-правової політики. Доктрина сімейного права визначає пріоритетні напрями, закономірності та тенденції розвитку українського сімейного законодавства. Для модернізації доктрини українського сімейного права необхідне безперервне: а) студювання сімейного права крізь призму його історії, традицій та сучасності; б) глибоке пізнання чинного сімейного законодавства нашої держави та практики його застосування; в) вивчення прогресивного досвіду країн близького та далекого зарубіжжя у сфері правового регулювання сімейних відносин.

¹ Боднар Т.В. Розвиток сімейно-правової доктрини. *Правова доктрина України: у 5 т. / Нац. акад. прав. наук України; редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.) та ін. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н.С. Кузнецової.* Харків: Право, 2013. С. 488–501.

² Ватрас В.А. Джерела сімейного права: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Хмельницький, 2020. С. 337–349.

³ Боднар Т.В. Розвиток сімейно-правової доктрини. *Правова доктрина України: у 5 т. / Нац. акад. прав. наук України; редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.) та ін. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н.С. Кузнецової.* Харків: Право, 2013. С. 488.

⁴ Спасибо-Фатєєва І.В. Передмова. Спогади про Людину, Вченого, Науковця (до 60-річчя від Дня народження професора Ірини Володимирівни Жилінкової) / за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Харків: Право, 2019. С. 6–7.

⁵ Перелік наукових праць І.В. Жилінкової. Спогади про Людину, Вченого, Науковця (до 60-річчя від Дня народження професора Ірини Володимирівни Жилінкової) / за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Харків: Право, 2019. С. 264–286.

⁶ Боднар Т.В. Розвиток сімейно-правової доктрини. *Правова доктрина України: у 5 т. / Нац. акад. прав. наук України; редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.) та ін. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н.С. Кузнецової.* Харків: Право, 2013. С. 489.

⁷ Перелік вибраних наукових праць Я.М. Шевченко. Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від Дня народження академіка Ярославни Миколаївни Шевченко) / за заг. ред. Р.О. Стефанчука. Київ: АртЕк, 2017. С. 374–384.

⁸ Ватрас В.А. Джерела сімейного права: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Хмельницький, 2020. С. 342.

⁹ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України є взірцем ушляхетнення законодавчого регулювання сімейних відносин. Сімейний кодекс України в системі Європейського сімейного законодавства: тези Міжнар. наук.-практ. конф. *Вісник Академії адвокатури України.* 2012. № 3 (25). С. 241.

¹⁰ Боднар Т.В. Розвиток сімейно-правової доктрини. *Правова доктрина України: у 5 т. / Нац. акад. прав. наук України; редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.) та ін. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н.С. Кузнецової.* Харків: Право, 2013. С. 501.

¹¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19.09.2012 р., № 17-рп/2012. *Офіційний сайт Верховної Ради України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-12#Text>

¹² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення частини другої статті 211

Сімейного кодексу України (справа про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною) від 3.02.2009 р. № 3-рп/2009. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-09#Text>

¹³ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України є взірцем ушляхетнення законодавчого регулювання сімейних відносин. *Сімейний кодекс України в системі Європейського сімейного законодавства*: тези Міжнар. наук.-практ. конф. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012. № 3 (25). С. 241–242.

Резюме

Чернега В.М. Розвиток доктрини сімейного права та її вплив на законодавця і суб'єктів правозастосування.

У статті здійснено дайджест сімейно-правових досліджень, представлених київською, харківською, західноукраїнською та одеською науковими школами сімейного права. Обґрунтовано, що доктрина сімейного права України має посісти значне місце у формуванні сімейно-правової політики. Констатовано, що для модернізації доктрини українського сімейного права необхідне безперервне: студіювання сімейного права через призму його історії, традицій та сучасності; глибоке пізнання чинного сімейного законодавства нашої держави та практики його застосування; вивчення прогресивного досвіду країн близького та далекого зарубіжжя у сфері правового регулювання сімейних відносин. Охарактеризовано вплив доктрини сімейного права як на рівні правотворення, так і на рівні правозастосування.

Ключові слова: доктрина сімейного права, київська наукова школа сімейного права, харківська наукова школа сімейного права, західноукраїнська наукова школа сімейного права, одеська наукова школа сімейного права, правотворення, правозастосування.

Резюме

Чернега В.Н. Развитие доктрины семейного права и ее влияние на законодателя и субъектов правоприменения.

В статье осуществлен дайджест семейно-правовых исследований, представленных киевской, харьковской, западноукраинской и одесской научными школами семейного права. Обосновано, что доктрина семейного права Украины должна занять значительное место в формировании семейно-правовой политики. Констатировано, что для модернизации доктрины украинского семейного права необходимо непрерывное: изучение семейного права сквозь призму его истории, традиций и современности; глубокое познание действующего семейного законодательства нашего государства и практики его применения; изучение прогрессивного опыта стран ближнего и дальнего зарубежья в области правового регулирования семейных отношений. Охарактеризовано влияние доктрины семейного права как на уровне правотворчества, так и на уровне правоприменения.

Ключевые слова: доктрина семейного права, киевская научная школа семейного права, харьковская научная школа семейного права, западноукраинская научная школа семейного права, одесская научная школа семейного права, правотворчество, правоприменение.

Summary

Vitalii Cherneha. Development of the doctrine of family law and its effect on the legislator and subjects law enforcement.

The article highlights the development of the doctrine of family law and its effect on the legislator and subjects law enforcement. A digest of family legal research presented by Kyiv, Kharkiv, Western Ukrainian and Odessa family law scientific schools was carried out. It is stated that not only the digest of family legal research, but also careful consideration of each of them, gives grounds to state that the set of scientifically sound provisions, family legal ideas and constructions developed by scientists of our state need to be implemented in acts of family legislation. It is substantiated that the doctrine of family law of Ukraine should take a significant place in the formation of family legal policy. It is stated that for the modernization of the doctrine of Ukrainian family law it is necessary to continuously: study family law through a prism of its history, traditions and modernity; deep knowledge of the current family legislation of our state and the practice of its application; study of progressive experience of countries near and far abroad in the field of legal regulation of family relations. The effect of the doctrine of family law both at the level of lawmaking and at the level of law enforcement is characterized.

At the level of lawmaking, the doctrine of family law affects, firstly, the development of draft laws on family law, as the normative drafting activities should involve powerful scientific institutions represented by reputable experts in the field of family law. Acquisitions of family law doctrine should also be applied when amending existing family legislation. Secondly, during the legal examination of draft laws on family law. Third, the doctrine of family law has an effect on the legal consciousness of the legislator. At the level of law enforcement, the doctrine of family law reproduces the content of only the existing rules of family law, and does not create new rules. It is used when identifying gaps in family legal regulation, as well as when interpreting rules family law and individual acts.

Key words: doctrine of family law, Kyiv scientific school of family law, Kharkiv scientific school of family law, Western Ukrainian scientific school of family law, Odessa scientific school of family law, lawmaking, law enforcement.

А.Л. ГЛАДШТЕЙН

*Анна Леонідівна Гладштейн, викладач Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-7006-2678

ЗМІСТ ПОНЯТТЯ «АНТИКОНКУРЕНТНІ ПРАКТИКИ» У РЕГІОНАЛЬНИХ ТОРГОВЕЛЬНИХ УГОДАХ

Постановка проблеми. Конкурентне право є доволі динамічною галуззю законодавства, зміст якого є предметом традиційної наукової дискусії. Водночас протидія проявам недобросовісної конкуренції є сталою метою конкурентного права, ключова роль якої не піддається сумніву науковою спільнотою. У свою чергу, антиконкурентні практики є визначальною юридичною конструкцією, спрямованою протидіяти проявам недобросовісної конкуренції.

Під поняттям «антиконкурентні практики» розуміється не лише термінологічний аналог (переклад) англійського словосполучення «*anticompetition practice*», а й інші (аналогічні за змістом) терміни, що регулюють подібні за змістом правовідносини, зокрема, антиконкурентні дії та антиконкурентна поведінка (англ. *anticompetition behavior; anticompetition conduct; anticompetition business conduct*). Національне законодавство України використовує термін «антиконкурентні узгоджені дії», врегульовані розділом 2 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

Наведений перелік формулювань не свідчить про різне розуміння або принципово різне значення антиконкурентних практик, а пов'язується з особливостями законодавчої техніки та підходів до визначення понять, властивих різним правовим порядкам.

Поняття антиконкурентних практик є ключовим для вільного розвитку конкуренції, адже вагома частина уваги до конкурентної політики в регіональних торговельних угодах (далі – РТУ) та об'єктивні чинники, що зумовлюють потребу в подальшому розвитку та регламентації досліджуваних відносин, пов'язується саме з антиконкурентними практиками, що мають вплив на конкуренцію кількох регіонів, або не є властивими для окремих національних правових порядків.

Так, з-поміж об'єктивних чинників розвитку конкуренційних положень в РТУ у дослідженні СОТ 2019 р., зокрема, зазначені: 1) несумісність загальної економічної лібералізації з міжкордонними антиконкурентними практиками з огляду на неможливість повноцінного використання механізмів лібералізації, закладених у відповідних РТУ за таких умов; 2) «відкриття» національних ринків для міжрегіональної торгівлі та неспроможність національних виробників подолати антиконкурентні практики, що виникали за межами відповідної держави (йдеться про ТНК; міждержавні злиття та поглинання, що могло створити монополізацію внутрішнього ринку такими об'єднаннями)¹.

Загальна тенденція на проголошення заборони антиконкурентних практик в РТУ з огляду на важливість відсутності відповідних практик відзначається у спеціальній літературі доволі давно. Так, Ф. Лоув та М. Маркіс відзначають, що значна кількість нещодавно укладених РТУ, сторонами яких є країни Латинської Америки, Африки та Азії включають положення, що зобов'язують відповідні держави адаптувати законодавство або заходи, що стосуються антиконкурентних практик, та (або) співробітництво відповідних сторін РТУ з метою подолання таких практик².

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Регулювання антиконкурентних практик розглядалось в доктрині фрагментарно. Так, антиконкурентні практики були предметом аналізу спеціального дослідження СОТ 2019 р.³ Серед розробок зарубіжних вчених слід відзначити звіт Комісії з питань конкуренції Індії⁴ і результати конференції з торгівлі та розвитку ЮНКТАД⁵. Тлумачення антиконкурентних практик в праві ЄС розглядалися в монографії К. Смирнової⁶.

Мета даної статті полягає у визначенні змістовного навантаження конструкції «антиконкурентних практик» у РТУ різних регіонів та встановлення основних закономірностей їх регулювання у різних моделях регулювання конкурентних відносин.

Виклад основного матеріалу. У доктрині звертається увага на різний ступінь деталізації змісту антиконкурентних практик: від загальних та доволі широких декларацій (наприклад, РТУ Японія-Мексика) до CARICOM, де передбачено зобов'язання сторін врегулювати доволі специфічні антиконкурентні практики на підставі цитованої угоди⁷.

При цьому, наведена вище теза підтверджує висновки щодо взаємозв'язку між деталізацією понять в межах РТУ та розвиненим національним конкурентним законодавством держав-учасниць відповідних РТУ.

Можемо відзначити й іншу тенденцію, пов'язану з рівнем деталізації норм про антиконкурентні практики в РТУ. Так, у спеціальній літературі констатується, що РТУ з розвиненими положеннями щодо антиконкурентних практик містять незначну кількість положень, присвячених співробітництву держав у сфері конкуренції. Та, навпаки, зміщення акценту до положень державного співробітництва у досліджуваній сфері свідчить про більш загальний підхід до регулювання антиконкурентних практик⁸.

Слід звернути увагу на наявність різних підходів до питання об'єктивації антиконкурентних практик у РТУ різних груп. Так, наведене особливо яскраво простежується у РТУ Європейського підходу та групі РТУ, що зазнали впливу угоди НАФТА.

Йдеться передусім про визначення змісту, що вкладається до поняття «антиконкурентна практика» (або встановлення орієнтовного переліку таких практик на рівні РТУ), оскільки угоди, що зазнали впливу НАФТА, як правило, передбачають загальну заборону здійснення таких дій, що можуть тлумачитись як антиконкурентні практики. Водночас конкретний зміст наведеного поняття встановлюється не в межах відповідних РТУ, а йдеться про відсилку до національного законодавства, що зумовлено значною деталізацією цих практик на національному рівні відповідних сторін РТУ.

У свою чергу, більшість інших РТУ передбачають правила, які саме антиконкурентні практики мають бути врегульовані та (або) які заходи мають бути здійснені з цією метою.

Оскільки квінтесенцією європейського підходу регулювання конкуренції є Договір про заснування Європейської Спільноти⁹, почнемо з визначення основних підходів до розуміння антиконкурентних практик, що закладені до наведеного документа.

Зокрема, бланкетні норми, що містять посилання на визначення антиконкурентних практик у Договорі про заснування Європейської Спільноти, містяться у ст. 73 РТУ ЄС-Чорногорія¹⁰, ст. 71 РТУ ЄС-Албанія¹¹, ст. 41 (з урахуванням додатку 6) РТУ ЄС-Алжир¹², ст. 71 РТУ ЄС-Боснія і Герцеговина¹³, ст. 53 РТУ ЄС-Йорданія¹⁴, ст. 35 РТУ ЄС-Ліван¹⁵, ст. 34 РТУ ЄС-Марокко¹⁶ тощо.

Так, п. 1 ст. 101 Договору про заснування Європейської Спільноти встановлює, що забороняються як несумісні з внутрішнім ринком усі угоди між підприємствами, які мають на меті чи є результатом створення перешкод для конкуренції в межах внутрішнього ринку, її обмеження чи викривлення.

У науковій літературі, присвяченій аналізу наведеного вище положення, констатуються такі основні тези щодо його тлумачення: 1) угода у контексті застосування цієї норми тлумачиться широко – як форма діяльності підприємств; 2) для характеристики угод в антимонопольному праві та у відповідній судовій практиці склалась концепція антиконкурентності її мети та наслідків; 3) мета та наслідки у такому контексті є самостійними альтернативними конструкціями; 4) антиконкурентні наслідки повинні бути помітними¹⁷.

Важливо додати, що цитована норма Договору про заснування Європейської Спільноти визначає невичерпний перелік дій, які вважаються антиконкурентними практиками.

Так, до антиконкурентних належать: 1) угоди, що прямо або опосередковано фіксують ціни купівлі чи продажу або будь-які інші умови торгівлі; 2) обмежують чи контролюють виробництво, збут, технічний розвиток чи інвестиції; 3) розподіляють ринки чи джерела постачання; 4) висувають неоднакові умови щодо рівнозначних угод з іншими торговельними партнерами, що ставить їх у нерівне конкурентне становище; 5) ставлять укладення контрактів у залежність від того, чи беруть партнери на себе додаткові зобов'язання, які за своєю природою чи згідно з торговельними звичаями не пов'язані з предметом таких угод.

Слід зазначити, що для практики застосування цієї норми не береться до уваги форма таких угод чи практик, яка може виявлятися в будь-яких діях (усні чи письмові угоди; рішення; контракти; асоціації). Визначальним для застосування норм Договору про заснування Європейської Спільноти є зміст взаємодії між підприємствами. При цьому під дію цієї норми підпадають як горизонтальні антиконкурентні практики (цінові картелі і змови про розподіл ринку на зони виняткових прав), так і вертикальні антиконкурентні угоди (між постачальниками і дилерами про фіксацію цін або ексклюзивне посередництво на певній території)¹⁸.

Вбачається, що детальне регулювання змісту антиконкурентних практик на рівні комунітарного права дозволяє ЄС пропонувати своїм «контрагентам» у відповідних РТУ конкретні моделі удосконалення їх національного законодавства.

Подекуди антиконкурентні практики визначаються секторально. Так, ст. 182 РТУ ЄС-Центральна Америка¹⁹ врегульовує антиконкурентні практики у сфері поштових послуг. При цьому п. 2 цитованої статті регулює питання монополій у наведеній сфері, хоча, як правило, регулювання монополій є окремою від регулювання антиконкурентних дій сферою конкурентного законодавства. Фрагментарним регулюванням антиконкурентних практик вирізняється і ст. 135 РТУ ЄС-Колумбія-Перу²⁰.

Слід зазначити, що РТУ, які містять спеціальну структурну частину, присвячену регулюванню конкурентних відносин, як правило, передбачають положення щодо антиконкурентних практик.

Непоодинокими є випадки регулювання антиконкурентних практик на рівні окремих статей РТУ. Йдеться, зокрема, про РТУ Австралія-Гонконг²¹.

Так, ст. 15.2 наведеної РТУ декларує, що антиконкурентна поведінка може зашкодити двосторонній торгівлі та інвестиціям і передбачає, що з метою уникнення наведеного кожна сторона цитованої РТУ зобов'язується дотримуватись власного законодавства про конкуренцію з метою запобігання такій поведінці та об'єктивному просуванню економічної ефективності й добробуту споживачів. Наведена норма також зобов'язує сторони здійснювати заходи, відповідні такій поведінці.

Попри невстановлення конкретних заходів, які б прямо відсилали до боротьби з антиконкурентною поведінкою, такими заходами можна вважати дотримання принципу процедурної справедливості (ст. 15.3) та вимог прозорості (п. 2 ст. 15.2).

Як зазначалось вище, доволі детальний та специфічний перелік антиконкурентних практик містять РТУ Карибського союзу. Так, конкурентній політиці присвячено розділ 8 Договору Чагуарамас²². Антиконкурентні практики визначені у ст. 177 наведеного акта (йдеться про заборону антиконкурентного ведення бізнесу).

Категорія антиконкурентного ведення бізнесу визначається за допомогою трьох понять. Так, йдеться про: 1) угоди між підприємствами; рішення об'єднань підприємств та узгоджені практики підприємств, предметом яких є обмеження або спотворення конкуренції в межах Співтовариства; 2) дії, за допомогою яких підприємство зловживає домінуючим становищем у Співтоваристві; 3) будь-яка інша поведінка підприємств, предметом якої є перешкоджання вигоди, очікуваної від створення Карибського єдиного ринку та економіки.

Пункт 2 ст. 177 Договору Чагуарамас деталізує наведене положення та містить орієнтовний перелік антиконкурентних практик: 1) пряме або опосередковане встановлення ціни для купівлі або продажу; 2) зменшення або контролювання продукції; ринків; інвестицій або технічного розвитку; 3) штучний поділ ринків або обмеження джерел живлення; 4) застосування неоднакових умов до сторін, які здійснюють еквівалентну діяльність у комерційних трансакціях, що зумовлює конкурентні переваги; 5) здійснення висновків щодо суб'єктів контрактів з метою погодження іншою стороною відповідного контракту додаткових зобов'язань, які за своєю природою або відповідно до комерційної практики не мають відношення до предмета контракту; 6) несанкціонована відмова у доступі до мереж або основної інфраструктури; 7) хижацьке ціноутворення; 8) цінова дискримінація; 9) знижки або поступки за лояльність; 10) виключення вертикальних обмежень та 11) фальсифікація ставок.

Слід зауважити, що практикою застосування наведеної статті було напрацьовано додаткові види антиконкурентних практик та суттєво деталізовано існуючі. Так, на офіційному сайті Секретаріату Карибського Співтовариства з посиланням на главу 8 наведеного вище акту містяться, зокрема, такі види антиконкурентних практик: 1) обмеження конкуренції шляхом досягнення спільних домовленостей не конкурувати один з одним на ринку або обмеження у постачанні джерел; 2) підробка ставок або інший вплив (згода впливу) на тендерні пропозиції, що надходять у відповідь на запит або ставку; 3) ексклюзивні вертикальні обмеження (або обмеження діяльності тих, хто перебуває нижче у виробничому ланцюгу); 4) надання конкурентної переваги одним суб'єктам над іншими шляхом нерівноцінної поведінки у подібних торговельних операціях; 5) включення додаткових зобов'язань, не пов'язаних з основним договірним зобов'язанням або торговельною трансакцією; 6) обмеження доступу конкурента до інфраструктури або мережі, що може вплинути на поведінку конкурента у його бізнесі; 7) обмежувальні практики; 8) будь-яка бізнес поведінка, що експлуатує клієнтів або постачальників.

Можемо констатувати, що наведений перелік конкретизує види антиконкурентного ведення бізнесу, передбачені у ст. 177 Договору Чагуарамас. Таким чином, простежується істотний вплив правозастосовної практики на модифікацію норм щодо антиконкурентних практик та тенденцію до поширювального тлумачення наведених норм.

Типовою моделлю для двосторонніх РТУ, учасницями яких є пострадянські країни, можна визначити декларацію щодо заборони антиконкурентних практик. Наведений імператив, як правило, поєднується з правилами щодо заборони зловживання домінуючим становищем на ринку. У таких положеннях поняття антиконкурентних практик розкривається крізь призму угод між підприємствами; рішень об'єднань підприємств та загальних методів ведення бізнесу, метою яких є обмеження конкуренції.

РТУ, що зазнали впливу НАФТА, містять норми, метою яких є захист від антиконкурентних практик, уникаючи їх визначення. Так, РТУ США-Сінгапур містить спеціальну статтю, що регулює відповідні практики (ст. 12.2)²³.

Пункт 1 цитованої норми встановлює такі зобов'язання сторін: 1) підтримувати заходи щодо заборони антиконкурентних практик з метою сприяння економічній ефективності та добробуту споживачів та 2) здійснювати відповідні дії щодо такої поведінки.

Пункт 2 ст. 12.2 РТУ США-Сінгапур визначає перелік заходів, що мають на меті усунення антиконкурентних практик. Такими заходами визначено: 1) створення або підтримка (уповноваження) відповідального за виконання вимог щодо антиконкурентних практик органу; 2) політика такого компетентного органу має включати в себе дотримання принципів недискримінації за національною ознакою суб'єктів відповідних процедур; 3) кожна сторона наведеної РТУ гарантує, що особі, щодо якої застосовуються санкції чи інші способи захисту від відповідних порушень, гарантується право бути заслуханою та надати докази, а також можливість вимагати перегляду рішення про санкції чи інші стягнення у внутрішньому суді чи незалежному трибуналі.

Отже, маємо підстави констатувати наявність взаємної конвергенції різних інститутів конкурентного права, адже право на процедурну справедливість є окремим міжгалузевим інститутом. Поєднання цих норм у статті, присвяченій антиконкурентним практикам, свідчить про важливість системної дії різних правових інститутів, метою яких можна визначити запобігання порушенням суб'єктивних прав у приватному секторі (зокрема, у сфері економічної діяльності).

Окрім спеціальної норми, присвяченої антиконкурентній поведінці, заборона на таку поведінку встановлена у ст. 12.3, яка регулює діяльність контрольованих монополій. Так, підпункт с п. 1 цитованої норми

передбачає, що сторони РТУ зобов'язуються не використовувати домінуюче положення регульованих монополій для прямого або непрямого впливу (включаючи угоди відповідних монополій з їх материнськими або дочірніми підприємствами або іншими залежними підприємствами зі спільним майном) на антиконкурентні практики на немонополізованих ринках на території учасниць РТУ, на яких діє цитована РТУ.

Уникнення антиконкурентних практик як мета регулювання відносин конкуренції, що регулюються РТУ США-Сінгапур, простежується і в інших нормах цієї угоди. Зокрема, така мета декларується у п. п. 2, 4 ст. 12.5.

Викладене вище дає змогу дійти висновку, що *поняття антиконкурентних практик, як правило, визначається крізь призму юридично значимої дії (діяльності; угоди; домовленості; змови), тобто активної поведінки учасників конкурентних відносин (підприємств або їх об'єднань)*. При цьому така активна поведінка повинна мати негативний вплив на конкуренцію (або мати наведену мету).

Щодо еквівалентів наведених вище конструкцій у національному законодавстві України, то найближчим за змістом та правовою природою є інститут правочину (угоди; згоди; дії) та інститут акта (рішення підприємств та їх об'єднань).

Слід зазначити, що, як правило, не врегульовуються на рівні РТУ, а відтак не вважаються антиконкурентними практиками дії юридичних осіб, що передбачають реорганізаційні процедури як інструмент впливу на конкурентні відносини.

У наведеному контексті слід зазначити, що регулювання злиття (чи поглинання) юридичних осіб, яке може мати негативний вплив на конкурентні відносини, може вважатись особливістю РТУ Азійського регіону (йдеться насамперед про країни АСЕАН, Японію, Корею та Сінгапур).

Підкреслимо, що для вітчизняної доктрини розмежування антиконкурентних узгоджених дій (угод) та антиконкурентного злиття та поглинання здійснюється у площині правової природи понять, крізь які такі процедури визначаються, адже, як зазначалось вище, правова природа антиконкурентних практик найбільше корелюється із такими родовими поняттями, як «правочин» та «акт». При цьому процедури злиття та поглинання за вітчизняним законодавством регулюються конструкціями, що регулюють створення та припинення юридичних осіб (реорганізація).

Разом із тим у наведеному контексті слід звернути увагу на таке: за межами пострадянських традицій злиття та поглинання як юридичний інститут не пов'язується безпосередньо з процедурами створення та припинення суб'єктів права. Розуміння наведеного інституту пов'язується з економічною метою здійснення відповідних дій, що, в свою чергу, не закладає таких принципових доктринальних відмінностей між антиконкурентними практиками та концентрацією суб'єктів господарювання (за вітчизняним законодавством).

На окрему увагу заслуговує положення про злиття, що може мати вплив на конкурентні відносини, прийняті в межах ANZCERTA та унормовані в Протоколі щодо співробітництва у галузі злиття 2006 р.²⁴, що був укладений між Австралією та Новою Зеландією. Так, метою згаданого протоколу є формалізація відповідних конкурентних практик компетентними державними органами.

Слід також зазначити тенденцію, яка зводиться до кореляції між встановленням заборони антиконкурентних практик та необхідності впровадження вимог щодо прозорості. Зокрема, вимоги до прозорості формалізуються у сфері застосування конкурентного права та винятків із конкурентного законодавства (у якості прикладу можна навести РТУ ЄС-Канада²⁵).

Іншими, пов'язаними з регулюванням антиконкурентних практик, нормами можна визначити зобов'язання дотримуватись «горизонтальних» принципів конкурентної політики. Йдеться, зокрема, про принцип недискримінації та вимоги процесуальної (процедурної) справедливості. Наведені положення характерні для РТУ, стороною яких є ЄС та ЄАВТ (європейський підхід); Канада; Японія; Сінгапур та окремі країни Латинської Америки (насамперед Перу та Чилі).

Однією з найпрогресивніших угод у наведеному контексті вважається СРТРР, що передбачає деталізовані правила щодо процесуальної справедливості (зокрема, право на правову допомогу та право на отримання експертного аналізу).

Більше того, наведена угода передбачає створення бази даних законодавства та політики АТЕС у сфері конкуренції для підвищення прозорості національних законів, політики та правозастосовної діяльності у сфері конкуренції, кожна зі сторін прагне підтримувати свою інформацію у наведеній базі даних (ст. 16.7 СРТРР)²⁶.

Висновки. (1) Поняття антиконкурентних практик, яке є ключовим для сучасного етапу розвитку права конкуренції в РТУ, не має єдиного змісту в різних РТУ, але окремі спільні підходи можна виявити в групах РТУ (особливо яскраво вирізняються відмінності «європейського підходу» та підходу до регулювання конкуренції в РТУ, що зазнали впливу НАФТА); (2) Зміст антиконкурентних практик має тенденцію до розширення. Окрім традиційних положень, що стосуються угод між підприємствами; рішень асоціацій підприємств; зловживання домінуючим становищем на ринках товарів та послуг, до змісту антиконкурентних практик включаються доволі нетипові положення (наприклад, злиття та поглинання).

¹ Див., наприклад: Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains. URL: https://unctad.org/en/Docs/ditceclp20051_en.pdf

² Philip Lowe, Mel Marquis у «European Competition Law Annual 2012: Competition, Regulation and Public Policies. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=zPjBQAAQBAJ&pg=PA152&lpg=PA152&dq=anticompetitive+practices+rta&source=>

bl&ots=U2tolxF9v4&sig=ACfU3U0IM0yVfJSpMhKaEgcCxOIEYmuWUA&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKewizo-q_opXpAhXVAXAI-HXOXCKkQ6AEwCnoECACQAQ#v=onepage&q=anticompetitive%20practices%20ta&f=false

³ Robert D. Anderson, William E. Kovacic, Anna Caroline Müller and Nadezhda Sporysheva. Competition Policy, Trade and the Global Economy: Existing WTO Elements, Commitments in Regional Trade Agreements, Current Challenges and Issues for Reflection. URL: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201812_e.pdf?fbclid=IwAR396HpuRO15iXyU9mjAA5f15nyrR8O16tNHNg2vGZb1npM2YFvTBmk6ssw; p. 32–33.

⁴ Competition Clauses in Bilateral Trade Treaties: Analysing the Issues in the Context of India's Future Negotiating Strategy. URL: https://www.cci.gov.in/sites/default/files/bilateral_trade_treaties_20080508105059.pdf

⁵ The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development prospects. URL: https://unctad.org/en/docs/ditccpl20082_en.pdf

⁶ Смирнова К.В. Правове регулювання конкуренції в Європейському Союзі: теорія і практика: монографія. Фенікс, 2017. 490 с.

⁷ Competition Clauses in Bilateral Trade Treaties: Analysing the Issues in the Context of India's Future Negotiating Strategy. URL: https://www.cci.gov.in/sites/default/files/bilateral_trade_treaties_20080508105059.pdf

⁸ Див., наприклад: Handbook of Trade Policy for Development. Arvid Lukauskas, Robert M. Stern, and Gianni Zanini. Oxford. Oxford University Press 2014. P. 844.

⁹ Договір про заснування Європейської Спільноти. Конституційні акти Європейського Союзу. Ч. I / упоряд. Г. Друзенко, за заг. ред. Т. Качки. Київ: Вид-во «Юстініан», 2005. 512 с.

¹⁰ РТУ ЄС-Чорногорія. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1474016437229&uri=CELEX:02010A0429\(01\)-20150201](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1474016437229&uri=CELEX:02010A0429(01)-20150201)

¹¹ РТУ ЄС-Албанія. URL: <https://ec.europa.eu/world/agreements/downloadFile.do?fullText=yes&treatyTransId=13127>

¹² РТУ ЄС-Алжир. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1398350436383&uri=CELEX:22005A1010\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1398350436383&uri=CELEX:22005A1010(01))

¹³ РТУ ЄС-Боснія і Герцеговина. URL: http://europa.ba/wp-content/uploads/2015/05/delegacijaEU_2011121405063686eng.pdf

¹⁴ РТУ ЄС-Йорданія. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2002:129:FULL&from=EN>

¹⁵ РТУ ЄС-Ліван. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2006:143:FULL&from=EN>

¹⁶ РТУ ЄС-Марокко. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:ecefc61a-c8d6-48ba-8070-893cc8f5e81d.0006.02/DOC_1&format=PDF

¹⁷ Смирнова К.В. Правове регулювання конкуренції в Європейському Союзі: теорія і практика: монографія. Фенікс, 2017. 490 с. С. 142.

¹⁸ Там само. С. 147.

¹⁹ РТУ ЄС-Центральна Америка. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:346:FULL&from=EN>

²⁰ РТУ ЄС-Колумбія-Перу. URL: <http://rtais.wto.org/UI/PublicShowMemberRTAIDCard.aspx?rtaid=692>

²¹ РТУ Австралія-Гонконг. URL: <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/a-hkfta/a-hkfta-text/Pages/a-hkfta-chapter-15-competition-policy>

²² Revised Treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the Caricom single market and economy. URL: https://caricom.org/documents/4906-revised_treaty-text.pdf

²³ United States – Singapore Free Trade Agreement. URL: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf

²⁴ Cooperation Protocol for Merger Review 2006. URL: <https://www.accc.gov.au/system/files/Cooperation%20protocol.pdf>

²⁵ РТУ ЄС-Канада. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2017:011:FULL&from=EN>

²⁶ Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership. URL: <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/cptpp/comprehensive-and-progressive-agreement-for-trans-pacific-partnership-text-and-resources>

Резюме

Гладштейн А.Л. Зміст поняття «антиконкурентні практики» у регіональних торговельних угодах.

Стаття присвячена регулюванню антиконкурентних практик у регіональних торговельних угодах. Метою статті є висвітлення основних характеристик антиконкурентних практик, їх змістовного навантаження та загальних тенденцій розвитку регулювання у різних групах РТУ. Автором зроблено висновок, що ступінь деталізації положень про антиконкурентні практики пов'язується із розвитком національного права про конкуренцію та правил про такі практики у тих країнах, що є безпосередніми учасниками РТУ. Констатовано, що європейський підхід до регулювання антиконкурентних практик є жорсткішим за підхід угод, що зазнали впливу НАФТА з огляду на загальну тенденцію уніфікації та гармонізації європейського права. Автор окремо відзначає регулювання антиконкурентних практик у CARICOM, адже норми про антиконкурентні практики розвивались казуїстично, що зумовило доволі специфічний перелік та зміст антиконкурентних практик.

Ключові слова: антиконкурентні практики, антиконкурентні узгоджені дії, конкурентне законодавство, моделі регулювання антиконкурентних практик.

Резюме

Гладштейн А.Л. Содержание понятия «антиконкурентные практики» в региональных торговых соглашениях.

Статья посвящена регулированию антиконкурентных практик в региональных торговых соглашениях. Целью статьи является исследование основных характеристик антиконкурентных практик, их содержательной нагрузки и общих тенденций развития регулирования в различных группах РТС. Автором сделан вывод, согласно которому степень детализации положений об антиконкурентных практиках связан с развитием национального права о конкуренции и правил о таких практиках в тех странах, которые являются непосредственными участниками РТС. Констатируется, что европейский подход к регулированию антиконкурентных практик является более жестким, чем подход соглашений, ощутивших влияние НАФТА учитывая общую тенденцию унификации и гармонизации европейского права. Автор отдельно отмечает регулирование антиконкурентных практик в CARICOM, поскольку нормы об антиконкурентных практиках развивались казуистично, что обусловило довольно специфический перечень и содержание антиконкурентных практик.

Ключевые слова: антиконкурентные практики, антиконкурентные согласованные действия, конкурентное законодательство, модели регулирования антиконкурентных практик.

Summary

Anna Gladshstein. The content of anticompetitive practices.

The paper is devoted to anticompetitive practices regulation under the Regional trade agreements. The Author claims anticompetitive practices to be an integrated concept, which could be applied to various similar in substance legal constructs grouped by signs of behavior, which results in competition harms (anticompetition practice; anticompetition behavior; anticompetition conduct; anticompetition business conduct.)

The aim of the Paper is determination of the main features of anticompetitive practices, its concept and general tendencies its development in different regions.

It is stated that different approaches in competition regulation (which are applicable in different regions due to differences between historical features of legal development) results in differences in concept and level of detail under anticompetitive practices construction. The most common tendency of anticompetitive practices regulations, inherent to all RTAs groups could be qualified as declaration of its prohibition. The Authors concludes that the detail level of anticompetitive practices regulations is largely depends on development of national competition law and rules on such practices in those countries, which are the parties of relevant RTAs.

It is stated, that the European approach for the regulation of anticompetitive practices is more stringent, than RTAs, influenced by NAFTA because of general tendency of unification and harmonization of European Law. Thus, the European approach deals with reglamentation and definition of anticompetitive practices so as detalization of specific obligations of States-participants of relevant RTAs. However, the approach of RTAs inspired by NAFTA deal with numerous blanket rules. The Author called attention for concept of anticompetitive practices under the CARICOM because of casuistic development of competition rules, which resulted in a specific checklist of anticompetitive practices and its content.

Key words: anticompetitive practices; anticompetitive business conduct; competition law; approaches on regulation of anticompetitive practices.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.46

УДК 347.633

К.Г. ДОМБРОВСЬКИЙ

*Кирило Григорович Домбровський, аспірант
Національної академії державного управління при
Президентові України**

ІСТОРИЧНІ ЕТАПИ РОЗВИТКУ МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНСТИТУТУ УСИНОВЛЕННЯ

Постановка проблеми. Сьогодні будь-яка розвинена країна турбується про соціальний захист своїх громадян, у тому числі дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Інститут усиновлення як соціальний інститут відіграє важливу роль у сучасному суспільстві. Однак для більшого розуміння механізму державного регулювання інституту усиновлення необхідно розуміти його історичні етапи розвитку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, К. Балабуєвої, Н. Грабовської, Р. Заблоцький, І. Ковальчук, І. Крижко, О. Мордань, Н. Погорецької, Г. Стасюк, О. Харченко, О. Федорової та ін. Разом із тим варто зазначити, що проблематика виокремлення історичних етапів розвитку механізму державного регулювання інституту усиновлення є край важливою для удосконалення цього механізму.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб виокремити та дослідити основні етапи й особливості історичного розвитку механізму державного регулювання інституту усиновлення.

Виклад основного матеріалу. Усиновлення відомо ще з найдавніших часів, і воно нараховує багатовікову історію становлення та розвитку. Протягом історичного розвитку інституту усиновлення ця категорія поняття вдосконалювалась, набувала нового змісту та обґрунтування.

Інститут усиновлення як соціальне явище характеризується своїми звичаями та традиціями, але розвиток та становлення його як соціального інституту є неоднозначними і залежать від рівня розвитку суспільства, національних особливостей і пануючих у суспільстві відносин.

Розвиток та становлення механізму державного регулювання інституту усиновлення прослідковуються від Стародавнього Риму. Саме в цей період існувало два види усиновлення: перший вид – це публічне усиновлення на народних зборах, участь у якому брали і усиновитель, і особа, яку усиновлювали¹. Другим видом усиновлення була зміна голови сім'ї, якому підкорялися підлегли, у результаті чого виникав розрив зі

© К.Г. Домбровський, 2020

* *Kyrylo Dombrovsky, Postgraduate student of the National Academy for Public Administration under the President of Ukraine*

своєю сім'єю, в цей же час створювалася нова сім'я². Отже, як бачимо, усиновлення визнається державою та має свою специфіку щодо осіб, яких можна усиновлювати.

Загалом усиновлення мало надзвичайно широке застосування та носило різноманітні соціальні форми. Протягом століть у різних народів змінювалось цілі, умови, порядок, майнові та немайнові наслідки прийняття в родину чужої дитини, а інколи й дорослих людей. Це було зумовлено різною метою, яка визначалась історичними, релігійними, соціальними та політичними умовами існування суспільства на тому чи іншому етапі його розвитку.

Особливостями розвитку механізму державного регулювання інституту усиновлення у Стародавньому Римі є: звичаї та традиції; повага до відносин у сім'ї; спроба узаконити незаконнонароджених дітей; відсутність законодавчого регулювання інституту усиновлення.

Так, усиновлення, як історичне, соціальне та правове явище існувало на території України ще в період Київської Русі, хоча воно й не мало на той час нормативного закріплення, проте його було врегульовано нормами звичаєвого права³. Основним і найважливішим джерелом тогочасного українського права було неписане звичаєве право, що створилося шляхом постійного дотримання протягом віків народних звичаїв та підпорядкування звичаєвим правилам суспільного життя й побуту⁴.

У Київській Русі юридично відносини між батьками і дітьми встановлювалися з моменту народження дитини в законному шлюбі або шляхом усиновлення⁵.

У дохристиянський період, не зважаючи на певну різницю у ставленні до дітей, народжених в шлюбі або поза ним, всі вони вважалися законними⁶. З впровадженням християнства і підпорядкуванням шлюбно-сімейного права церкві у давньоруському суспільстві різниця між дітьми законнонародженими (тобто народженими або зачатими у законному шлюбі) та незаконнонародженими (народженими поза шлюбом, або в шлюбі, що був визнаний недійсним) була закріплена в «Руській Правді». Варто вказати, що законодавчо принцип пріоритетності влаштування дітей у сім'ю було закріплено тільки в часи царювання Катерини II Указом від 7 листопада 1775 р.⁷

Таким чином першим джерелом, що містило норми, якими регулювалося правове положення дітей-сиріт, була «Руська Правда».

Порядок усиновлення тривалий час не піддавався істотним змінам. У Московській державі було лише одне важливе розпорядження: не можна було усиновлювати своїх незаконнонароджених дітей. У період правління Петра I посилилася й набула значення боротьба з бездоглядністю. У 1706 р. новгородський митрополит Іов відкрив перший у Російській імперії притулок для незаконнонароджених дітей. На його утримання за указом царя були звернені доходи від кількох монастирських вотчин. Згодом видали розпорядження про створення спеціальних госпіталів для незаконнонароджених дітей, а потім – сирітських будинків⁸.

С.А. Саблук стверджує, що правовий статус дитини в період Київської Русі характеризувався використанням церковного, князівського права, а також звичаїв, нерівності у правах та обов'язках дітей різної статті та різного стану, появи та розвитку інститутів опіки, піклування та усиновлення, повним підпорядкуванням дитини волі батьків, відсутністю заборони продавати дітей⁹.

Принагідно, що за часів Київської Русі усиновлення регулювалося лише звичаєвими нормами і тільки зміцнення державності привело до регулювання усиновлення правовими нормами.

Розвиток механізму державного регулювання інституту усиновлення у період Великого князівства Литовського та Речі Посполитої характеризується правовим становищем дитини у трьох литовських статутах, які містили виразний поділ права на галузі, у межах яких почали виділятися цивільно-правові та публічно-правові інститути. Однак чіткого механізму регулювання інституту усиновлення у цей період не було.

Серйозні зрушення в удосконаленні системи піклування відбувалися за царювання Катерини II. Один із найзначніших заходів пов'язаний з ім'ям відомого філантропа І.І. Бецького, який у 1763 р. запропонував імператриці заснувати в столиці два великі заклади для виховання й нагляду за незаконнонародженими дітьми. І 1764 р. в Москві було відкрито Виховний будинок. У цей період існували такі форми опіки, як патронаж та патронаж.

Наступним етапом розвитку механізму державного регулювання інституту усиновлення є ухвалення закону «Про дітей усиновлених і узаконених» в Російській імперії 12 березня 1891 р. Його прийняття, безперечно, стало важливим кроком у розвитку сімейного законодавства імперії. Були кодифіковані й систематизовані наявні правила усиновлення. Порядок установа усиновлення регламентувався Статутом цивільного судочинства 1864 р. Уперше на законодавчому рівні закріпили можливість узаконення юридичного акта, за допомогою якого незаконні діти (народжені поза шлюбом) прирівнювалися до народжених у шлюбі¹⁰.

За радянських часів розвиток механізму державного регулювання інституту усиновлення в Україні розпочався із прийняття Сімейного кодексу УРСР в 1919 р. Радою Народних Комісарів УРСР, який так і не набрав чинності через воєнні дії, що відбувалися в Україні. Але, на думку Г.К. Матвєєва, Сімейний кодекс УРСР мав певну цінність, оскільки характеризував спробу кодифікації сімейного законодавства перших років Радянської влади на Україні, оскільки містив дві статті про усиновлення¹¹.

У 1926 р. було прийнято Сімейний кодекс УРСР, в якому також містилися норми, що стосувалися усиновлення. З метою подальшого удосконалення національного законодавства з усиновлення в 1943 р. було

видано Указ Президії Верховної Ради СРСР «Про усиновлення». Варто погодитися з А.М. Нечаєвим, який вважав, що це був ще один крок до зміцнення правових передумов усиновлення¹². 27 липня 1968 р. було ухвалено Основи законодавства Союзу РСР і союзних республік про шлюб і сім'ю, а 26 червня 1969 р. – Кодекс про шлюб і сім'ю УРСР. Зазначені правові акти регулювали правовий інститут усиновлення та розглядали це правове явище як з одну з форм сімейного виховання дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування. В цей час інститут усиновлення відіграв важливу роль, особливо в роки Другої світової війни, а також у післявоєнний період, коли залишилося багато дітей-сиріт. Детально було регламентовано питання щодо встановлення сирітства, тобто підстави набуття дитиною статусу дитини-сироти. Необхідно зауважити, що в післявоєнний період надавалася перевага суспільного виховання дітей-сиріт в закладах інтернатного типу. А це, на нашу думку, привело до негативних наслідків, тому що багато дітей-сиріт та дітей, батьки, яких були позбавлені батьківських прав, не змогли пристосуватися до повноцінного життя в соціумі. Результат – збільшення кількості інтернатних закладів для бездоглядних дітей, які не могли дати дитині сімейне виховання, у зв'язку з чим суспільство має негативні наслідки, зокрема зростання рівня злочинності.

Таким чином, в радянський період більшість змін, які стосуються усиновлення, внесених в сімейне законодавство (наприклад, щодо дотримання таємниці усиновлення, про зміну прізвища та по батькові усиновленої дитини і т.д.), на нашу думку, повинні оцінюватися позитивно, оскільки вони відповідають як інтересам усиновлених дітей, так і усиновителів, що підтверджується збереженням окремих норм у чинному законодавстві.

Треба зазначити, що перетворення, які відбулися в країні в 90-х рр. ХХ ст. під час здобуття незалежності України, змін в національному законодавстві про інститут усиновлення, саме усиновлення відображало особливості державного впливу на сімейні відносини. Важливим етапом на шляху правового регулювання сімейних відносин, у тому числі й щодо усиновлення, стало прийняття Сімейного кодексу України 10 січня 2002 р. Крім того, 13 січня 2005 р. було прийнято Закон України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», який визначив ряд заходів, що сприяли б зменшенню кількості бездомних дітей, забезпечення їх можливістю проживання у сім'ї. На створення дієвої системи охорони та захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, було спрямовано і Указ Президента України від 12 січня 2018 р. «Про першочергові заходи щодо захисту прав дітей». Варто зазначити, що більш детально порядок та процедура усиновлення були врегульовані постановою Кабінету Міністрів «Про затвердження Порядку провадження діяльності з усиновлення та здійснення нагляду за дотриманням прав усиновлених дітей». Було прийнято й інші нормативно-правові акти, у тому числі і міжнародні, які регулюють інститут усиновлення.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо, що існують певні особливості розвитку механізму державного регулювання інституту усиновлення у різні етапи. У первісному суспільстві сирітства не існувало. Для цього періоду характерною ознакою було проживання однією великою общиною – сім'єю, де чужих дітей просто не було. Родина – на чолі з патріархальним батьком сімейства, до якої однаково входили і діти, і прийняті в родину (приймаки) з чужої родини.

Але з розподілом праці, виникненням нових форм господарювання, економічних відносин та відносин власності змінюються і сімейні відносини та виникають відносини у сфері усиновлення. Саме усиновлення розглядалось переважно як спосіб залучення робочої сили, а тому мало і економічний зміст.

Найбільш інтенсивний розвиток механізму державного регулювання інституту усиновлення припадає на час незалежності української держави, який характеризується прийняттям в Україні Сімейного кодексу України 2002 р., який врегулював проблемні питання усиновлення. І до сьогодні в Україні відбувається процес формування законодавства та механізмів щодо реалізації державної політики у сфері усиновлення.

Таким чином, розвиток державності та суспільства на різних етапах свого існування істотно впливає на соціальну сферу усиновлення. Традиції, звичаї та обряди, історичний досвід регулювання відносин з усиновлення свідчать, що вони стали для Української держави стержнем для створення власної законодавчої бази у сфері усиновлення.

¹ Иоффе О.С., Мусин В.А. Основы римского гражданского права. Ленинград : Изд-во Ленинградского ун-та, 1975. 156 с.

² Там само.

³ Мордань О.О. Державна політика щодо соціального захисту дітей, які залишилися без піклування батьків: автореф. дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.02 / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України. Київ, 2015. 20 с.

⁴ Там само.

⁵ Повесть временных лет. По Лаврентьевскому списку / под ред. В.Л. Андриановой-Перетц. Москва; Ленинград, 1950. Ч. 1. С. 404.

⁶ Прошин Г. «Робичич». Как была крещена Русь. Москва : Изд-во полит. лит-ры, 1989. С. 92–105.

⁷ Стасюк Г. Охорона дітей, позбавлених батьківського піклування, в історичному аспекті. *Право України*. 2005. № 2. С. 108–111.

⁸ Федорова О.А. Развитие системы презрения детей-сирот в России. *Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства* / отв. ред. В.Н. Литовкин. Москва : ОАО «Издательский дом «Городец», 2005. С. 84–105.

⁹ Саблук С.А. Історичні передумови формування правового статусу дитини в Україні. *Університетські наукові записки*. 2006. № 3–4 (19–20). С. 253–260. С. 253.

¹⁰ Кустова В.В. Усыновление в законодательстве стран Западной Европы и России XIX века. *Журнал российского права*. 2001. № 9. С. 126–131.

¹¹ Матвеев Г.К. *Вибране / уряд.* В.І. Кисіль. Київ : Україна, 2008. 600 с.

¹² Там само.

Резюме

Домбровський К.Г. Історичні етапи розвитку механізму державного регулювання інституту усиновлення.

У статті викладено основні етапи формування та розвитку механізму державного регулювання інституту усиновлення. Зокрема, визначено періоди розвитку інституту усиновлення та їх особливості. Вони поділяються на періоди: Стародавнього Риму (до н.е.); Київської Русі (IX ст. – XIII ст.); Литовської доби (XIV – перша пол. XVI ст.); правління Катерини II (XVIII ст.); Російської імперії (XIX ст.); радянський (XX ст.); незалежної України (кінець XXI ст. – до нашого часу). Традиції, звичаї та обряди, історичний досвід регулювання відносин з усиновлення свідчать, що вони стали для Української держави стержнем для створення фундаменту державного регулювання інституту усиновлення в Україні.

Ключові слова: історичні етапи розвитку інституту усиновлення, інститут усиновлення, механізм інституту усиновлення, державне регулювання інституту усиновлення, усиновлення як соціальний інститут.

Резюме

Домбровський К.Г. Исторические этапы развития механизма государственного регулирования института усыновления.

В статье изложены основные этапы формирования и развития механизма государственного регулирования института усыновления. В частности, определены периоды развития института усыновления и их особенности. Они делятся на периоды: Древнего Рима (до н.э.); Киевской Руси (IX в. – XIII вв.); Литовский период (XIV – первая пол. XVI в.); правление Екатерины II (XVIII в.); Российской империи (XIX в.); советский (XX в.); независимой Украины (конец XX в. – до нашего времени). Традиции, обычаи и обряды, исторический опыт регулирования отношений по усыновлению свидетельствуют, что они стали для Украинского государства стержнем для создания фундамента государственного регулирования института усыновления в Украине.

Ключевые слова: исторические этапы развития института усыновления, институт усыновления, механизм института усыновления, государственное регулирование института усыновления, усыновление как социальный институт.

Summary

Kyrylo Dombrovsky. Historical stages of development of the mechanism of state regulation of the institution of adoption.

The article considers adoption as one of the oldest social institutions. The mechanism of state regulation of the institution of adoption has a long history of formation and development. During the historical development of the institution of adoption, this category of concepts has been improved, acquired new meaning and justification.

In the primitive communal system, in order to survive, people had to stick together, work collectively and raise children together. Therefore, it was believed that in such a society, orphanhood did not exist.

The institution of adoption as a social phenomenon is characterized by its customs and traditions, but its development and formation as a social institution are ambiguous and depend on the level of development of society, national characteristics and prevailing relations in society.

The development and formation of the mechanism of state regulation of the institution of adoption can be traced back to ancient Rome. Adoption was extremely widely used and took various social forms. Over the centuries, different peoples have changed the goals, conditions, order, property and non-property consequences of the adoption of another's child, and sometimes adults. This was due to various purposes, which were determined by the historical, religious, social and political conditions of society at one or another stage of its development.

The formation of the mechanism of state regulation of the institution of adoption in the times of Kievan Rus was taking into account customary law. On the basis of customary law, the first legal norms on adoption in the collection of ancient Russian law "Russian Truth" are formed.

The period of the Grand Duchy of Lithuania and the Commonwealth is characterized by the legal status of the child in the three Lithuanian statutes. Significant changes in the improvement of the care system took place during the reign of Catherine II.

In Soviet times, the development of the mechanism of state regulation of the institution of adoption in Ukraine began with the adoption of legislation, the rules of which regulated the institution of adoption. During Ukraine's independence, there were changes in the mechanism of state regulation of the institution of adoption.

Traditions, customs and rites, historical experience in regulating adoption relations show that they have become a core for the Ukrainian state to create its own legal framework in the field of adoption.

Key words: historical stages of development of the institute of adoption, institute of adoption, mechanism of the institute of adoption, state regulation of the institute of adoption, adoption as a social institution.

A. LYTVYENKO

*Anatoliy Lytvynenko, Ph.D. candidate of Ivan Franko National University of Lviv; Ph.D. student of the School of Law of Robert Gordon University of Aberdeen; Ph.D. student of the Faculty of Law of Baltic International Academy of Riga; LLM student of Lviv International Academy of Personnel Management**

ORCID: 0000-0001-7410-5292

**UNAUTHORIZED MEDICAL INTERVENTION AND INFORMED CONSENT
IN THE COMMON LAW OF CANADA PRIOR TO THE SUPREME
COURT'S DECISION OF REIBL V. HUGHES (1899–1980)**

Preface. Since the late nineteenth century, the common law practice of various commonwealth states involving unauthorized surgery and extension of a consented surgical interference features civil actions for technical assault/battery¹ or negligence and malpractice², and occasionally, for a breach of contract under the circumstance of the fact that the extent of interference was prescribed by it³. In fact, in some cases plaintiff may sue for both, alleging that the operation was performed unconsentedly and negligently and in case not exceeding a statute of limitations, he may recover⁴. After the informed consent doctrine went into disposition, American courts actively used it but there was no uniformity upon which theory the action should be adjudicated; most courts went on with the theory of negligence, but not all⁵. In England, where the doctrine developed several decades later, the said wrong was rendered within the tort of negligence⁶ as well as battery⁷. In Scotland, failure to warn on the risks of the presupposed treatment, therapy and examination was attributed to negligence⁸. In Canada, some earlier actions filed for unconsented surgery and treatment were adjudicated on basis of battery⁹, despite at some point in the 1970s, Canadian courts attempted to distinguish it¹⁰; and in the leading case or *Reibl v. Hughes* the Supreme Court firmly discarded the battery claim attaching the subject to negligence¹¹. Some US states, as Washington D.C. recognize a separate tort in the lack of informed consent¹². Some US states modified and tapered the gist of the informed consent doctrine subjecting it to statutory limitations¹³. As the concept of intelligent consent progressed, in an action for assault/battery or malpractice, where a doctor doesn't inform his patient on the gist and potential gist fully and explicitly, especially if the methods of treatment and appliance disposed are not widely known, he'll be liable as well¹⁴. As the "exceeded consent" doctrine progressed in the common law, the doctor's failure not rather merely to obtain the consent from the patient, but instruct him properly, would be actionable upon theory of battery or medical malpractice¹⁵, or upon earlier cases both combined in a sole cause¹⁶. The abovesaid tort liability does not necessarily refer to an explicitly surgical interference as such, but to any other interference into the human's body as chiropractice¹⁷; teeth removal¹⁸; scientific experiment¹⁹ as well as disposal of personal data in scientific research²⁰ or blood transfusion²¹.

It is true, that in the earlier times, paternalist views on medical manipulations were supported by the fact that the physician has got an appropriate degree of skill and treats reasonable care for patient take any necessary decisions on, for instance, extension of the operation not taking into account whether it is emergent or not²². And it has to be intelligibly augmented, that at the very dawn of the development of common law concerning medical malpractice the rule that professional men must exercise ordinary skill and care; so, at trial their competence will be presumed unless the contrary is proved by plaintiff, was applied to physicians and surgeons as well²³; an another general rule, applied and developed at quite an early date, that the doctor is expected to possess ordinary degree of skill which the people of his occupation possess and cannot be held liable only for an unsuccessful operation unless negligence is anyhow proved²⁴. The abovesaid being recognized in the United States at an earlier date, was laid down in the same manner in Canadian common law in the first half and middle of 20th century, despite much earlier authorities (though fewer than in the US) show that the Canadian rule of ordinary skill and due care is quite aged as well²⁵. The earliest cases in regard to this subject could be found in 19th century England²⁶ and United States²⁷.

A physician is entitled to perform his duties upon his best judgment in the method of treating and so is not liable for negative consequences in case of a honest mistake or a wrong diagnosis; the physician could guarantee exercising his skill and care, but cannot guarantee an explicitly positive result – this is what the US common law acknowledges as a general rule from an early date as well²⁸; on trial, the burden of proof will be put upon plaintiff to give proper evidence on physician's negligence; such frequently requires expert evidence²⁹, which is of substantial weight, but is not conclusive upon trial³⁰. However, in some US states statutes were enacted posing expert evi-

© A. Lytvynenko, 2020

* *Анатолій Анатолійович Литвиненко, аспірант факультету міжнародних відносин Львівського національного університету імені Івана Франка; аспірант Університету ім. Р. Гордона (м. Абердін, Шотландія), аспірант Балтійської міжнародної академії (м. Рига, Латвія)*

dence to be explicitly necessary in such actions³¹. Evidence of physician's lack of skill or due care concerning treatment of some specific ailment on trial requires expert witnesses³². It was also acknowledged that surgery itself is not a precise thing to give a strict prognosis what assortment of procedures should be done for patient's treatment; therefore, the tort liability of a physician is subjected to qualifications³³. As the doctrine developed, the consent of the patient to undergo a specific operation or any other type of treatment in the sense of its "intelligence"³⁴ that was recognized as a "standard of care" and failure to obtain it under ordinary circumstances would be actionable³⁵. In Canada, the US concept of "standard of care" was approved as well at a somewhat later date, involving patient's consent to lodge his health records and other sensitive personal information as a part of his autonomy and body integrity³⁶, being an extension of the common law right to privacy³⁷. The rule of "intelligence", or more officially, "informed" consent may not only include a consent to undergo some surgery or complex conservative treatment, but upon more recent case law, may include one's right to interdict disposing of data concerning the health condition by physicians in scientific research and/or experiments; in such case, the consent is expected to be obtained in the same way it is obtained to undergo surgery and other treatment³⁸.

In its classic sense, unconsented surgery and patient's autonomy became a sort of novelty in common law jurisdictions right in the end of the 19th century. In fact, the common law footage on this subject was extremely rare back in those days, before the American cases of *Carstens v. Hanselman* and *State ex. rel. Jenney v. Housekeeper*, which were the first major authorities on unconsented surgery and both featuring husbands' suits for malpractice of surgeons while operating their wives without their consent³⁹. In both cases, courts acknowledged that the said women had a right to decide whether to undergo such treatment, or not on their own, without a special "license" from the husband. Another, much more vintage case occurring in the state of Massachusetts, *McClallen v. Adams*, was decided upon an older maxim, upon which if one lodges anybody to the skilled hands of a doctor, the latter "may know better" and so will not be liable even for thanatoid consequences deriving from the patient's condition⁴⁰. The *Carstens* and *Jenney* cases generated a prototype of a legal concept, which after a century was tentatively called "a right to patient's autonomy", or, as a 1960s penumbra called "a patient's right to know"⁴¹ which despite being a relatively new one, possesses a substantial vintage background. The "first wave" of cases concerning patient's autonomy made early commentators conclude that the patient should be the final arbiter to decide what to do with his body⁴², and thus, upon the rapidly developing common law, the physician won't be liable for non-treatment having no authority for forcible treatment under ordinary circumstances⁴³. The first modification to the announced rules concerned an unconscious state of the patient, where it would be impossible to obtain his consent. In several decades, this turn was explained to have a connexion with the widespread of general anesthesia⁴⁴. The 1920s and 1930s commentators seemed to uphold this position⁴⁵, but there was no uniformity in respect with the issue of whether the doctor, as stated in *Bennan v. Parsonnet*, could be the patient's representative to decide while the latter lies out of consciousness on the operating table⁴⁶. In that case, plaintiff went to defendant to be operated on a rupture in his left groin. After he was put under an anesthetic, one of the surgeons discovered a substantially more serious rupture in his right groin. The second operation was to be performed on the following day, but the patient declined and later brought an action for battery. The Court (opinion by Garrison, J), considered the issue of unconsciousness upon the state of which consent could not be practically obtained; it was held that while one being out of consciousness, there has to be a person acting on his behalf, and if no such person is chosen, than the doctor may be such. Being in lack of case authorities in respect with emergencies, the Court found that surgeon acted for patient's benefit and thus reversed the judgment⁴⁷. Another milestone was *Schloendorff v. The Society of New York Hospital*, a New York case, which arose two fundamental issues, namely a) liability for unauthorized surgery and the distinction of tortfeasor's acts upon theories of negligence and assault/battery; b) the liability of a non-profit or charitable body for negligent and other tortious acts done by physicians as well as other visiting staff who voluntarily operated within it's premises⁴⁸. The facts were the following: a poor woman went to a charitable hospital complaining on a stomach ailment. Within several weeks, the physicians discovered a lump appearing to be a fibroid tumor. One of the doctors advised an operation, but the others informed her that the specificities of the lump could not be traced unless a further examination is performed; she consented to it but insisted not to perform any surgery. On the next day, within the examination with ether administered, the doctors removed the tumor while the plaintiff was unconscious, so she commenced a suit alleging the operation caused a gangrene on her arm which brought to the loss of several fingers⁴⁹. Firstly the court went on to discuss charitable hospital liability and found that defendant: 1) as a corporate body, is exempt from liability since it becomes a sort of benefactor for the person accepting it waives pretensions, the payments are not commerce but are done to maintain charitable bodies; later, in New York, the same principle was applied to private and profit-making hospitals immune as well⁵⁰ (but this was not the same in other US states); 2) a charitable hospital may not be liable for its visiting staff's negligence and other tortious acts since these people are not servants in the actual sense of the word⁵¹; and thus the staff could be personally liable only. The said rule concerning the exemption from liability or a charity or other type of non-profit hospital had a reflection in both American⁵², Canadian⁵³ and English common law, as well as in Scotland⁵⁴ and other commonwealth states⁵⁵. In US, the rule was not applied in case of concluding contracts between profit-making hospitals with patients, or with other institutions where the former were to furnish medical service for people of some particular occupations, such as sportsmen or workmen – in such case, the hospital could not escape liability for its servant's negligence; in most states, the "Schloendorff rule" was not applied to profit-making infirmaries⁵⁶. The rule concerning exemption of a board from liability, nicknamed as the "Schloendorff rule" was declared abortive in *Bing v Thunig*, a 1957 New York decision, charging hospitals to be liable for the wrongs done by their employees regardless of their legal sta-

tus – be it a charitable or profit-making establishment⁵⁷. Apparently, such wrongs would include technical battery within the meaning of some unauthorized treatment or procedure as well⁵⁸. Concerning the second issue, namely the unconsented surgery, the Court outlined the following: the patient is the final arbiter of what interference could be applied to his body, in case of mature age and sound mind; thus plaintiff didn't maintain action since plaintiff didn't commence a nonsuit against physician(s) who operated on her unbeknownst to her and the hospital, upon the Hillyer-inspired rule was not liable for their acts even if such were tortious⁵⁹.

As the twentieth century progressed, the consent doctrine was upgraded with its “intelligent” side, mainly known as “informed consent”. In general⁶⁰, it is a classic consent to treatment with a 1) a patient's full comprehension of the scope and extent of the medical procedures; 2) the physician's duty to inform the patient on the scope of the treatment and “full and frank” disclosure of any hazards which might occur within the treatment; this was the key point of the cases which seemingly commenced the “informed consent” doctrine, namely *Salgo v. Leland Stanford Bd. etc. Trustees* as well as *Nathanson v. Cline*, adjudicated in 1957 and 1960 in the states of California and Kansas respectively⁶¹. These are the most outstanding, but not the first cases to arise the given issue, but the said two are ones where the Courts amalgamated the basic rules of the informed consent. Various approaches had been held by the mid- 20th century commentators concerning the topic, but I would stick to the custom view upon which, I suppose, the informed consent combines two constituents: the first is the basic consent, which was pretty much discussed in *Schloendorff* and subsequent cases; and the second is a fiduciary duty of the physician to disclose all information concerning the patient's condition and process of treatment⁶², the methods applied, potential hazards and all related issues; in fact, in a number of US cases way before the *Salgo* and *Nathanson* were adjudicated; thus, where the doctor failed to reveal such information, deceived the plaintiff or concealed the information on purpose, it was held to be actionable⁶³. The so-called “duty to warn”, mainly known to medical law by the English case of *Bolam*, could be found in other cases concerning actions for professional negligence⁶⁴; though there, the consent is not a consent given from one person to another, but a presumption of plaintiff's own due care for himself not to be injured⁶⁵. In some actions for malpractice, like, for instance, in *Ray v. Scheibert*, a 1969 Tennessee case, the issue of informed consent was blinded by the issue of physician's liability for concealing his negligence, but continuing treatment to which plaintiff impliedly consented by subjecting himself to procedures⁶⁶. The two cases mentioned hereinabove represented a newly-born model upon which the facts represented by the physician to the patient (apparently, the presupposed plaintiff in such action for malpractice/battery) lead to this “intelligent” consent⁶⁷. At federal level, the informed consent doctrine was widely observed in the outstanding case of *Canterbury v. Spence* which was adjudicated in 1972⁶⁸ though some cases involving actions for unconsented surgery and treatment occurred some decades before. In England, the common law concerning the informed consent seemed to arise around 1957; at the beginnings, it would seem more like a fiduciary or protocol duty of a physician, which, I think, could be displayed in terms of brevity as “duty to warn”, but not rather a real choice of the patient, whether to consent to some operation, or not to⁶⁹; such “right to autonomy” was not considered as a common law right until late 1980s⁷⁰. The Canadian cases on consent to treatment and the concept of informed consent will be the main subject of the next chapters of the paper, but in the matter of brevity, I have to outline that the “compound” consent theory was announced in mid-20th century⁷¹ though the full crystallization of it occurred only in the mid 1960s and the subsequent decade⁷², but in fact, the cases concerning various features of the patient's autonomy, involving the basic subject of consent to surgery occurred substantially earlier. The descent of Canadian informed consent doctrine, upon the 1970s judgments, is quite close to the United States interpretation of the doctrine⁷³; but in the 1970s, some Canadian courts tried to draw a distinction between the action against a physician for battery and negligence: an unconsented surgery would constitute a battery; whereas a doctor's failure to obtain informed consent and warn plaintiff on possible consequences would constitute negligence⁷⁴. As in the United States, this distinction, announced in *Kelly v. Hazlett*, a 1976 decision being overruled four years later, did not become uniform at once⁷⁵, but was adopted as such in *Reibl v. Hughes*⁷⁶. The Australian decisions, apart from the American and Canadian, are younger and their informed consent doctrine seems to be originating majorly from England, and to a certain extent, from Canada and United States⁷⁷. The scope of what is “informed consent” actually supposed to be is also questionable. For instance, if it creates a common law right to patient's autonomy, than it's suggested to involve the patient's right to access to his health records and seems to involve physician's duty to disclose them⁷⁸, as well as keep them confidential⁷⁹. Reviewing the subject in the United Kingdom, Mr. Dworkin called it “extended confidence” in the 1970s⁸⁰. In fact, the United Kingdom had a very tricky legacy on the subject, initially not recognizing a patient's common law right to access⁸¹, then in 1978 the House of Lords recognized it and overruled several previous decisions⁸²; at the same time, the right to access to records being in possession of municipal authorities, involving medical ones still remained qualified and restricted⁸³, the same could be attributed to the inspection of medical records by solicitors and counsels if there were foundations to regard them that they might dispose medical records outside the scope of certain legal proceedings⁸⁴. The English common law implies that some files concerning the orders for treatment and some minor internal hospital information, not generally relating to one's state of health, be it an ordinary inspection or for trial, may be privileged too⁸⁵. The Scottish common law also does not lodge a common law right for unlimited inspection and of hospital records⁸⁶, but in case it is proved to be used for trial, a court order may unveil them⁸⁷. The inhibition to reveal of patient's “medical secrets” with few qualifications, seems to be of quite vintage nature as well⁸⁸. The personal data attributing to patient are also bound to be disclosed and disseminated, be it some sensitive data in the patient's record file⁸⁹, an X-ray⁹⁰ or a photo: in an American case from Pennsylvania, *Clayman v. Bernstein*, a woman with a distorted face resulting from an unspecified illness sued to restrain a physi-

cian who took photographs of her face from their distribution and recovered; the Court said the following: “The court recognized that an individual has the right to decide whether that which is his shall be given to the public and not only to restrict and limit but also to withhold absolutely his talents, property, or other subjects of the right of privacy from all dissemination. The facial characteristics or peculiar caste of one’s features whether normal or distorted, belong to the individual and may not be reproduced without his permission”⁹¹. This was not the solitary case dealing with somewhat similar circumstances⁹².

The right to autonomy as an extension of the right to privacy: basic findings. Before I proceed to the cases involving the issue of unconsented treatment in the state of Canada I have to say a few words concerning correlation of unauthorized treatment, right to autonomy and the extension of common law right to privacy. Both of such are primarily regarded as common law rights. It would be intelligible to say that not all commonwealths have adopted a separate privacy tort, which is majorly a prerogative of the United States law; the Canadian privacy tort, if such actually may exist and is recognized both at federal and province level is questionable to subsist as a separate one. At least after courts of several Canadian provinces recognized it as such⁹³ though definitely not omnipresently⁹⁴, it was proposed to subdivide the normative-descriptive content of the term “privacy” into public and private wherein the former category would relate to criminal appeals involving unreasonable seizure or, for instance, admissibility of one’s personal data as evidence for trial⁹⁵ (however, I should remark that admissibility of surveillance-originating evidence was also put before Canadian courts in civil actions⁹⁶), while the latter is attributed to privacy violations in the way it exists in American common law, that is, in civil actions to recover damages for disclosure of one’s personal information, unconsented disposal of name, photograph or related subjects and commercial appropriation of likeness⁹⁷. A similar distinction was made by American courts as well⁹⁸. The latter category, upon the interpretation of the Supreme Court of Canada in *R. v. Dyment*, encompasses privacy in information and privacy of the body⁹⁹. As we’re concerned about the latter part of privacy violations in Canada, it has to be denoted that the tort of privacy in this state does not possess an aged history. Apart from unconsented surgery, earlier specimen of “quasi-recognitions”¹⁰⁰ of right to privacy in Canada those days has frequently involved public disclosure of private correspondence¹⁰¹, blacklisting of workmen or merchants¹⁰², mental anguish resulting from a relative’s corpse mutilation¹⁰³ as well as unauthorized autopsies or post-mortems¹⁰⁴. The tort of privacy invasion in Canada, upon a display by a number of Canadian commentators¹⁰⁵ had its best and efficient evolvement in the province of Quebec starting from middle 1960s. The outstanding Canadian cases featuring a privacy violation represent an “extended” pass-off¹⁰⁶, being a commercial appropriation of likeness by defendants¹⁰⁷; an unauthorized use of a photograph; surveillance¹⁰⁸; a combined nuisance¹⁰⁹; or basic public disclosure of private facts¹¹⁰. The extended pass-off, being sometimes referred to as “a business tort”, upon the view of Canadian commentators, doesn’t derive from common law legacy of privacy, more likely to be originating from proprietary rights¹¹¹. However, in my point of view, even regardless of the Canadian pass-off cases were later referred as privacy cases, the abovementioned position is grounded upon the commonwealth descent of the tort which initially didn’t have any connexions with privacy violations as the tort, in fact, was designed to prevent fraud, but not a privacy violation¹¹², and secondly, the leading cases on a pass-off concerning appropriation of likeness were decided upon other foundations, though it would be unfair to say that it was totally blinded: e.g. in *Henderson v. Radio Corp.*, an classic Australian privacy case, this issue was raised¹¹³ and *Krouse v. Chrysler Canada Ltd.*, one of the “leading” Canadian privacy cases¹¹⁴. However, the English authorities, namely *Tolley v. J.S. Fry & Sons Ltd.* as well as *Sim v. H.J. Heinz Ltd.* were deaf in respect with the privacy issue, both being adjudicated on grounds of libel¹¹⁵. Some commentators claimed that the Canadian law recognized a statute-originating right to privacy, but this discussion is off the point herein; what is more, some commentators claimed that the Canadian interpretation of the right to privacy may have French routes¹¹⁶. Upon the given arguments, it is quite sufficient to say that the majority of the Canadian provinces and federal courts recognize a common law right to privacy though the approaches of its descent may be somehow divergent. Upon the Supreme Court’s elucidation in *R. v. Dyment* and several earlier cases it would be intelligible to say that the right to autonomy in its scope to informed consent (as body integrity) and access to medical records (informational privacy) distinctly derives from the right to privacy. The same could be argued in the common law of the States: in *In Re Conroy*, the Supreme Court of New Jersey emphasized a correlation between plaintiff’s right to autonomy and common law right to privacy upon the view emerging from the celebrated Supreme Court decisions in *Griswold v. Connecticut* and *Roe v. Wade*¹¹⁷. In *Eichner v. Dillon* an elderly priest being in custody for his brother-in religion who after an unsuccessful surgery fell into coma, and he brought up proceedings in order to excise the latter’s life supporting systems and the Court found that such refusal of treatment rests on the constitutional right to privacy¹¹⁸. The right to withstand from supporting therapy on basis of right to privacy under circumstances similar to *Eichner* was approved in the *Quinlan* case, one of the earliest and resonant “right to die” decisions¹¹⁹. A number of other United States courts had already developed such approach in similar cases in the 1970s¹²⁰.

A *Griswold*-like position was adopted by the Supreme Court of Ireland in *McGee v. Attorney General & Another*, where the Court explicitly recognized the decision of the family to have kids deriving from “privacy of the husband and wife relationship”¹²¹. A similar view already subsists in international human rights case law deriving from the practice of the European Court of Human Rights, namely in the judgments of *Pretty v. United Kingdom*¹²², *J.W. of Moscow v. Russia*¹²³, *A., B. and C. v. Ireland*¹²⁴ as well as *Arskaya v. Ukraine*¹²⁵ where the Court adjudicated the decisions on basis of an alleged breach of right to privacy. Patient’s right to access to his personal information was also a subject of the *Gaskin* trial in the late 80s¹²⁶. The same was the conclusion of the Human Rights Committee in *Mellet v. Ireland*¹²⁷ (though it is not a court, it’s apparent that the finding of the said body would augment plaintiff’s

position at trial). What as to Australian cases, despite there has been a lot of them concerning informed consent in the last decade, they do not seem to be helpful to tie the right to privacy and the right to autonomy as I clarified above by means of Canadian, American and European Court's practice: the right to privacy hasn't received an overall recognition in Australian common law¹²⁸; the earlier Australian cases on the said subject had been adjudicated on basis of negligence¹²⁹. The same goes to New Zealand which possesses little common law on the subject¹³⁰ in spite of certainly having some common law legacy in privacy law¹³¹. The vintage and more recent United States cases concerning the patient's right to withstand the publication of his/her personal information were clearly indicated as privacy cases and patient's right not to give out this sensitive information¹³² was later regarded as a part of the right to autonomy¹³³. In Germany, in an outstanding decision on the legality and criminalization of abortions, the Federal Constitution Court considered the women's pregnancy on basis of the right to privacy but held that unless the embryo could be only a constituent of a woman's body, than the courts and legislature could not interfere, but since, upon it's thought it was not, and was considered as an independent human being, there had to be a substantial justifying cause of doing an abortion¹³⁴. Hence upon the existing case legacy it would be intelligible to conclude that the right to autonomy derives from the common law right to privacy even upon the decisions in jurisdictions who (at least partially) recognize the privacy tort.

Canadian legacy of informed consent. At present time, Canadian common law is proud to possess a handful of exclusive cases on the subject of unconsented surgery and therapy, having various influences and influencing a number of other commonwealths' law as well. The confidence of a patient-physician relationship that is of vintage nature¹³⁵, is firmly disposed in Canadian common law as well¹³⁶. It is also well settled in the Canadian common law that the doctor is expected to possess ordinary skill and cannot be the guarantor of successful treatment¹³⁷. Some learned Canadian lawyers claim that the burst of the informed consent cases in the Canadian common law broke out in the mid-to-late 1970s and the early 80s and one of the most frequent failures in the patient-physician relationship is a lack, or even let us say, absence of adequate contact between parties¹³⁸. So, is there a uniform recognition of the informed consent concept in Canada? At least, there wasn't as of 1980¹³⁹. Let the cases be subdivided into two folders: the ones being actions involving lack of a basic consent to treatment and the more contemporary ones featuring a lack of "informed" consent in the fashion of the patient as the potential plaintiff was not informed on the hazardous consequences of the treatment. Upon the conclusion of the chapter we'll conduct a brief analysis of the impact of Canadian cases on other commonwealth common law.

It would be intelligible to say that the province of Quebec did not only found the Canadian common law right to privacy, but the Quebec courts contributed a lot to the informed consent's doctrine¹⁴⁰. The earliest Canadian case recorded on the subject is *Parnell v. Springle* being adjudicated in 1899 at the Superior Court of the District of Montreal¹⁴¹. The facts were simple: a woman complained on some womb derangement and the surgeon after examining her advised to execute an operation claiming it would be a minor one. After she was put under anesthetics and the team of doctors uncovered the abdomen they noticed the deterioration condition of her reproductive organs and after negotiating the doctors decided to remove both of her ovaries to save her life. The woman claimed 1999 Dollar damages for becoming sterile but the Court found such interference would be justified as a) plaintiff unconscious and b) this was necessary for the benefit of patient¹⁴². In fact, the same inferences were made by J. in *Bennan v. Parsonnet*, one of the principal American cases on the unconsented treatment¹⁴³. The following case is *Caron v. Gagnon*, or *Caron c. Gagnon* (as it was originally reported in French) being adjudicated in Quebec as well¹⁴⁴. There, plaintiff, a young woman suffered a collapsing stroke of appendicitis and Gagnon, the physician, to whom the husband brought her, successfully operated upon it. Gagnon discovered that the ovaries were in a deteriorating condition and concluded that if not removed, the removal of the said would be compulsory very soon. The woman brought an action against the physician for becoming sterile¹⁴⁵. The doctor responded that he actually informed the husband who was alleged to have paid him and gratified Gagnon for his efforts; upon the later evidence, the husband authorized Gagnon to operate on appendicitis and fully approved his discretion, upon the fact of the ovaries removal the husband explicitly upheld the physician's judgment (see. para. 35–40). What is of particular interest, the action was filed on basis of an old negligence statute in the same fashion it was done later in *Robbins v. Canadian Broadcasting Corp.*¹⁴⁶. Moreover, in *Beausoleil*, a much later case on unauthorized anesthetic injection that brought to paralysis, Owen, J. referred to the same statute affirming the fault of the physician¹⁴⁷. The fact was the ovaries removal was truly an unauthorized extension of the planned surgery, but the Court admitted the doctor did well in that case as the situation was urgent and so found for defendant. This case is also presumed to have at least some French influence¹⁴⁸.

The next handful of cases featured more extended discussion on unconsented treatment and were more US and UK-influenced. The case of *Kenny v. Lockwood*, in spite of not recognizing physician's liability for the lack of informed consent was thereafter rendered as a classics of early informed consent doctrine¹⁴⁹. A number of American commentators also paid attention on this Canadian case in the digest of the US court decisions on the subject. In the *Kenny* case, a young woman having a lump on the palm which appeared to be a contracture. The physicians represented that the operation was supposed to be simple and that plaintiff would be fine within several days though had not attend the hospital for three weeks for full recovery. The action was filed for deceit/fraud. Stoddard, one of the surgeons being employed in the clinics admitted to conceal all conjectural hazards of the operation which appeared to be deteriorating. Hodgins, J., found that there was no such fiduciary duty to disclose the said hazards especially if they may be so destructive and concluded that no fraud or deceit occurred from the side of the appellants; in his partially dissenting opinion, Magee, J.A. said he would find a physician's fiduciary duty to disclose the potential

risks of the operation and so would find Stoddard liable solely. The dicta on patient-physician relationship and doctor's liability for lack of informed consent in the said decision were of certain importance for Canadian common law¹⁵⁰, though a handful of case commentators found the reluctance of the Court to recognize a necessity to disclose the information to be outdated¹⁵¹, though I'm not confident to say that would be equitable to compare a 1932 decision with a 1970s or 80s decision. Besides, I'm pretty confident that the principle of non-liability for non-disclosure of quite remote and uncommon risks, at least in dentistry, that are not likely to occur aggravated by adequate physician's care still exists in modern Canadian common law¹⁵² albeit it is firmly denied in several Canadian decisions involving actions for lack of informed consent within dentistry as well¹⁵³. The principle of informed consent foreseen in *Kenny v. Lockwood* was appraised in *Hopp v. Lepp*, one of the leading Canadian cases on the subject¹⁵⁴.

The next 30s case is *Marshall v. Curry*¹⁵⁵. The facts of the case were quite sad: plaintiff, a 52-year-old sole mariner had a severe casualty in his 20s which seriously impaired his health. His spine was fractured and the injury caused other signaling problems. In his late 30s, in 1921, Marshall came to defendant and that time he was already deteriorated: apart from the old fractures he was nearly unable to control his bowel as it was already paralyzed and he wore a rubber urinal. Then, he underwent bladder treatment. Seven years passed and the plaintiff was literally rotting alive and had severe problems with his kidneys and bladder wherefrom defendant had to drain lots of pus; plaintiff underwent a number of operations and permanently resided in hospital from winter to summer 1929; in July 1929 he asked to remove a hernia; within this operation his testicle was removed unconsentedly – the plaintiff was not notified in beforehand¹⁵⁶. Plaintiff didn't sue for this act until late 1931; and defendant, upon his own testimony, recalled the 1929 hernia operation and stated he had to obliterate the inguinal canal and that upon the testicle examination, it had multiple abscesses and so it would become gangrenous anytime soon bringing to blood poisoning and apparent death in the near future. The doctor recalled several operations afterwards and claimed Marshall's health to have improved thereafter. The Court (per *Christholm, J*) agreed that extension of the operation was demanded despite no implied or an express consent was given. For the principal time in Canadian common law on the subject the Court held a pretty able discussion on surgeon's liability to unconsented surgery. Firstly, the Court observed quite an obscure (being allegedly unreported¹⁵⁷) case of *Beatty v. Cullingworth*, a 1896 Queen's Bench Division decision¹⁵⁸ which was a suit against a physician for a double ovariectomy. Then, the Court turned to American classics, *Pratt v. Davis*, an early reproductive law decision where a physician unconsentedly removed an epileptic woman's uterus not once deceiving her on what he was intending to perform as to the treatment¹⁵⁹; in fact, in *Pratt*, the Court observed the question of emergency, as well as the capacity for consent; but this remained a dictum since in the *Pratt* case the operation was not emergent and so the doctor was held to be liable; then turning to *Mohr*, *Bennan*, *Schloendorff* as well as a number of others and the two abovementioned Quebec cases. Then, at p. 274, the Court announced a set of rules upon which 1) prior consent to surgery and any examination is mandatory; 2) the consent may be express or implied, the inhibition of operation is not anyhow a consent; 3) the implied consent may derive from a set of preliminary circumstances, and the Court firmly withdrew the *Bennan* dictum upon which surgeon is a supposed representative of patient. Upon the case at bar, the Court found a) the operation was necessary upon the conditions described by the defendant and his colleagues as expert witnesses; b) the battery, even if such was proved, was barred by the statute of limitations. Therefore, plaintiff didn't prevail in action, but the case remained a valuable unit for the evolution of informed consent doctrine¹⁶⁰.

There was a number of less known unconsented surgery cases in the above said time fragmenton. In *Winn v. Alexander et al.*, a surgeon performed a Caesarian to a female plaintiff in 1931. Eight years after, plaintiff's health declined and within an another operation, the surgeon discovered that the former physician left a sponge in her body; he was also alleged to have resected plaintiff's fallopian tubes making her thereafter unable to become pregnant; the claim was adjudicated under the doctrine of assault which enabled declaring the defendant liable, as the bar of limitations upon the Medical act was adjusted to negligence. In fact, the assault limitation was overdue as well unless there was a concealment of the cause of action, but the Court found it was; the hospital was not held to be liable on basis of *Hillyer* and a subsequent case in Canada¹⁶¹; even in spite of existing Canadian decisions disapproving it¹⁶². To our misfortune, the case report is relatively small and seems to be condensed; therefore it is impossible to say more on the gist of the said decision. Nearly to the same effect was the late 40s case of *Murray v. McMurphy* where a surgeon was sued by a woman who was a victim of an unauthorized sterilization within a caesarian. She didn't give any consent to the said manipulation and didn't anyhow asked for it; the Court made an examination of *Bennan v. Parsonett*, *Marshall v. Curry* and the *Parmley* trials which are to be discussed below and decided that as there was no urgent need to perform the said manipulation, the acts made by the surgeon constituted a trespass to person and so plaintiff recovered¹⁶³.

The 1940s–60s cases feature more firm assumptions on informed consent that was based upon American and already existing Canadian cases. Moreover, the right to autonomy was penumbally recognized in the appeal of the *Parmley* cascade of cases. The history started in early 1943 when a young woman, *Yule*, being pregnant went to the dentist, *Fred Parmley* and desired to extract two teeth, both in a badly condition. On, or about the same time she was advised to undergo tonsillectomy to which she consented; the doctor advised to postpone treatment until she would give birth to the child and perform it in a hospital; and after the birth plaintiff was advised to articulate the procedure with the tonsils removal to which she assented. *Parmley* told he would assist in arranging this and so he took his brother *Bob* employed as a hospital dentist. *Parmley's* brother was misled in the view he had to remove all the upper jaw teeth; he didn't talk to plaintiff and didn't receive any instructions from her; nor he did receive any from his brother. Believing he was authorized to do so by the fact of plaintiff's consent to undergo treatment, he removed all

upper teeth¹⁶⁴. This brought to the suit against him. The British Columbia Court (per Coady, J) went on to the question of damages for the lost teeth finding that the dentist was guilty of negligence. Defendant brought an appeal, assuming his negligence was not willful. At that trial, the evidence disclosed that the doctor didn't clearly hint his brother what teeth should he remove and so he comprehended it as he has to extract all of them. The dentist, upon his own examination found much more teeth to be decayed (see appeal, at p. 319–320). Finally, the doctor confessed having let his brother to take out all the teeth. The Court announced the basic autonomy rule, referring to Schloendorff and Marshall dictum¹⁶⁵; and upon all the evidence introduced, both physicians were found to be negligent¹⁶⁶. The last of the triad featured an appeal to the Supreme Court of Canada. Estey, J., held that there was no authorization for the dentist to act in the way he did. The Court said: “The conclusion appears unavoidable that both of the parties hereto, particularly in the operating room, failed to recognize the right of a patient, when consulting a professional man in the practice of his profession, to have an examination, a diagnosis, advice and consultations, and that thereafter it is for the patient to determine what, if any, operation or treatment shall be proceeded with [authorities omitted]”¹⁶⁷. If I had gone so far with said case triad, I probably should cite what was said by Lord Scarman in *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital*: “The right of “self-determination” – the description applied by some to what is no more and no less than the right of a patient to determine for himself whether he will or will not accept the doctor's advice – is vividly illustrated where the treatment recommended is surgery. A doctor who operates without the consent of his patient is, save in cases of emergency or mental disability, guilty of the civil wrong of trespass to the person: he is also guilty of the criminal offence of assault. The existence of the patient's right to make his own decision, which may be seen as a basic human right protected by the common law, is the reason why a doctrine embodying a right of the patient to be informed of the risks of surgical treatment has been developed in some jurisdictions in the U.S.A. and has found favour with the Supreme Court of Canada.”¹⁶⁸ (at p. 10 there was a reference to the Supreme Court's decision in *Reibl v. Hughes* so I'm convinced that was the case impliedly referred to in the passage above). Then, having analyzed all the American rules of consent and the qualification of emergency, the Court came to a conclusion that there was no evidence that the removed teeth could not be successfully treated; the defendants were both held equally liable in a trespass to person. In fact, the House of Lords definition does not really differ from the *Parmley* one in respect with the patient's right to decide, but at the same time, the *Parmley* definition lacks the “intelligence” element on warning concerning the operation risks – that's what was augmented in *Reibl*¹⁶⁹. Still, the *Parmley* decision was invaluable for the further development of the informed consent doctrine.

The 1950s and 60s featured another handful of cases before the “eruption”, as Picard called it¹⁷⁰, of “informed consent” cases stroke the Canadian courtrooms. In *Sylvester v. Crits*, a decision having a cascade of appeals¹⁷¹, a minor being at the time of the casualty at age 7–8, was given accommodation in an Ontario hospital where he was supposed to undergo a tonsillectomy. Before the operation, he was sedated and prepared for the surgery; owing to the type of operation, the doctors decided to use gaseous anesthetic being a mixture of oxygen and ether (the said was still disposed those days). Both anesthetics were lodged by means of tubes via a Maggil pipe to a special oxygen mask being supplied from an oxygen tank and a ether container, the latter being located near the boy's head. The vapor, being the mix of ether and oxygen was led to the patient's trachea to supply the anestheization; but the exact correlation of gaseous substances was not recorded or determined. Right after the induction of the blend, the boy became cyanosed which compelled the doctors to dislodge the oxygen tube from the ether container, filled in the oxygen bag with pure oxygen and then the patient's respiration went normal; but apparently the doctors needed to lodge ether back; when disconnecting the oxygen bag, there was an explosion causing severe damages to the child. Upon the existing evidence, it was caused by an electric spark setting the ether-oxygen blend which was escaping from the ether can while the Magill tube was dislodged¹⁷². The son and the father sued for negligence; the trial court found for defendant; on appeal only the anesthetist was found to be liable as the hospital was not found to be responsible for the casualty, since firstly, he was not an employee of the hospital, and secondly, it could not be blamed for foul techniques supplied to the unfortunate procedure, as evidence disclosed that the doctors were negligent in disposing the techniques; the Supreme Court affirmed the appellate court decision¹⁷³; the case comment disclosed that the doctors failed to warn the patient on the possibility of such explosion, but the informed consent issue was blinded by the subject of determining the evidence of doctors' negligence.

The next case, *Beausoleil v. Sisters of the Charity of Providence* (in French it was designated as *Beausoleil v la Communauté des Soeur de la Charite de la providence*, but let us dispose English names as the paper is in English), involves an anesthesia failure. The said case, being originally reported in French, features “French” routes of the Canadian informed consent doctrine as the report displays a long discussion on the proof of the physician's fault rather than an analysis of Canadian and American cases on the subject¹⁷⁴. Plaintiff was a young unmarried woman who complained on spinal ache and upon advice of an orthopedic surgeon who found a disc operation to be carried out, was hospitalized. She desired to have a general anesthetic injected and respectively told so to the operating surgeon, who advised her to say the same to the anesthesiologist. Then one Dr. Forest, the chief anesthesiologist entered the operating room and tried to convince the plaintiff to submit to the spinal anaesthesia; when Dr. Cusson, the anesthesiologist asked the staff to proceed with the general one, he was told that the spinal one had been already administered. The operation was unsuccessful which brought to permanent paralysis of the woman's legs¹⁷⁵.

Upon the evidence of witnesses; the woman didn't wish the spinal anesthesia to be administered, and that Dr. Forest talked to the plaintiff inclining her to submit the spinal as he found the general one to be more hazardous to the plaintiff. Finally she consented to it; such hazard as a blockage causing future paralysis was rare and this probably made the physicians avoid warning the plaintiff of its possibility. The Court turned to discuss the patient-physi-

cian relationship involving the scope of some unforeseen things to happen during the course of the treatment and found, upon the book of Crepeau that unconsented body interference is tortious unless done in some emergency¹⁷⁶; as Forest didn't follow the instructions given by the patient, Casey, J. stated the doctor and the hospital were liable for negligence; Rinfret, J. was of the same view basing his opinion on the Canadian cases where patients sued hospitals (or the municipalities) for negligence which were held liable¹⁷⁷. He assumed that though such complexification was not frequent, it didn't mean not to exist, and if it existed as such, it had to be foreseeable by the physicians. Turning to the question of the due care standard¹⁷⁸, the evidence of Dr. Lamoureux was examined: he told that there was a custom for an anesthesiologist to get acquainted with the patient and to learn his condition as well as body specifications (height, weight, complexion etc.) and then to speak to the doctor and decide on the anesthetics to be disposed; Forest did not do neither of this; upon a large set of other facts, he was found to be neglecting a wide range of his duties and so found to be negligent; the woman on the operating table really gave consent, but reluctantly and unwillingly: "'Do as you like" – words which denote defeat, exhaustion, and an abandonment of the will power."¹⁷⁹ Rinfret, J., Owen, J. and Casey, J. calculated the damages as 104,131.75 Dollars, a large sum as of the 1960s. Taschereau, J., dissented finding that the consent was obtained and so the fault was void, adding that the casualty by administering a spinal anesthetic was very rare though it was actively disposed in treatment both in England, United States and Canada as well saying that the lack of consent was not tortious; to this opinion joined Badeaux, J.¹⁸⁰. The appeal was maintained.

The case of Beausoleil being a pre-Hopp/Reibl classics of informed consent, for some reasons, did not receive major coverage from Canadian and foreign scholars, who mainly relied on the two abovesaid cases to discuss on general rules. Another 60s case, Halushka v. University of Saskatchewan featured more American, as well as "domestic" approaches to the informed consent doctrine. Plaintiff, a student desiring to earn light money, decided to take part in an experiment for which he was expected to be paid 50 Dollars. Walter Halushka was brought to the University by advice of a local employment office which proposed him to become a subject of a medical test. At the anesthesia department of the University he met the doctor, appellant who told him they would like to approbate a new drug and that he would have nothing to worry about as the test was safe. Walter signed a consent form, upon which he released the examiners from any responsibility if any casualties would occur¹⁸¹. In the course of the experiment, the young man experienced a complete cardiac arrest; having nearly died, he had been unconscious for four days and was treated for around two weeks before recovering. The anesthetic that Walter had been tested on, the Fluoramar, was thereupon aborted from clinical use; after the casualty, plaintiff experienced a decline of his mental abilities and had to quit studies; all of this resulting in bringing a suit for trespass against the examiners¹⁸². Deciding the case, the Court said that the consent of the patient to undergo treatment, or a similar procedure, like in the instant case should not be as an ordinary consent (Walter surely did consent to this experiment but seemingly wasn't informed he might die in its course¹⁸³), and referred to Parmley and Kenny decisions, as well as the then-contemporary American cases¹⁸⁴; and stated that the medical research experiment standards of care would not differ from ones applicable to ordinary medical treatment; since the physicians did not disclose all the potential risks and harms, they were held liable¹⁸⁵. What is notable, the Court also made a distinction between the ordinary consent and informed one, as well as the embrace of disclosed material. Besides, the Halushka case was disposed as a major authority in Koehler v. Cook, one of the lesser frequently cited 70s cases, where the plaintiff lost smell in the course of the operation and in spite consenting to it asked on possible hazards, was told that the risk is minimal, and managed to recover¹⁸⁶.

The 60s overview would be summed up by the case of Martel v. Hotel Dieu St-Vallier, which was very similar to Beausoleil by the circumstances. Plaintiff, a 49-year-old man undertook treatment involving a haemorrhoidectomy (that is, haemorrhoid removal). In the course of the operation, plaintiff was administered a dose of caudal anesthesia. Despite the operation was carried out decently, the patient felt a failure of his lower limbs, being barely able to get up and walk. The neurological examination displayed Martel had paraparesis attributed to arachnoiditis of his horse tail, which was inflamed by a chemical cause. Regardless of further treatment, the ailment was not overcome and plaintiff commenced a suit against the suspected doctor and the hospital¹⁸⁷. This "suspected doctor" was apparently the anesthesiologist, who was found to be a regular employee receiving salary and accounts as a percentage of the fee which patients paid for painkiller. When being hospitalized, plaintiff, as any other patient signed a paper of consent to treatment; it was found there was no special contract between plaintiff and any separate physician, who didn't consult his chosen surgeon, Dr. Emile Simard¹⁸⁸ and so the said doctor had to act as any other employee of the hospital. The plaintiff did not employ any actual anaesthesiologist by a contract so the said doctor had to act with ordinary care as any other physician. The informed consent question was not strictly touched in the said case, but the only fact was: the patient signed a paper where he lodged his consent to execute operations which were required, but it was not revealed whether the doctor told the type of drug he intended to dispose (and what would that change, if he did?). The only statement considering this, that the anesthesia was injected upon the paper Martel had signed and nobody consulted before administering it neither him nor his treating physician. The Court found for plaintiff, dismissing hospital's appeal and doctor's appeal declaring them both jointly and severally liable¹⁸⁹.

Before the leading cases of Hopp v. Lepp and Reibl v. Hughes were adjudicated the 70s featured a wide variety of informed consent cases experiencing a number of various doctrine influences. The 70s also featured a large discussion on whether the physician has to disclose literally any information¹⁹⁰, or this may be subjected to the mental abilities or the occupation of the plaintiff patient¹⁹¹ (but wouldn't that sound discriminatory?); or the risks to be dis-

closed should be material (meaning basically, may this damage be foreseen by the physicians upon their own experience and the existing medical practice and firm risks being known to doctors¹⁹²; or if once consent is given (tentatively, a “general” consent), it shouldn’t be given one more time even if there’s an extension of treatment (and I suspect, with quite a gross interference into plaintiff’s body)¹⁹³

A somewhat prelude of these judgments happened in *Male v. Hopmans*, a 60s decision of the Ontario Court of Justice where a man suffering from osteomyelitis was hospitalized to have his meniscus removed. He was administered neomycin, but he never consented to administering it and was not warned on any adverse impacts of this anesthetic. As a result, his hearing was severely impaired (in fact, he became deaf) and so he sued the physician for negligent treatment. It was undisputed that plaintiff gave consent to treatment, but did not assent to the said anesthetic which besides was well known for adverse impact on hearing and kidney malfunction in 10 to 20 per cent cases. The Court, however found not in the fashion of American to-date cases – Gale, C.J.H.C. said: “As to the requirement that the plaintiff ought to have been afforded an opportunity to render an informed and rational decision, I am confident that he would have been quite unable to appreciate and assess the different medical alternatives and their attendant hazards as described at the trial... [...] The final consideration is the adverse effect upon the plaintiff’s morale that might well have resulted from the detailed explanations that would have been necessary had Dr. Hopmans attempted to do what the plaintiff’s counsel now urges he should have done”¹⁹⁴. Thus, the Court found for defendant.

The late 70s case, *McLean v. Weir*, is a brother of a New Zealand case of *Smith v. Auckland Area Hospital Board*¹⁹⁵; in both cases, plaintiffs underwent angiograms and in both the consequences were deplorable – in the New Zealand case plaintiff lost a leg, and in *McLean* plaintiff became quadriplegic (in fact, the *Salgo* case being considered one of the primary informed consent cases on the record was also an action for negligence on basis on an unsuccessful angiogram¹⁹⁶). Nevertheless the facts of *McLean* were quite sad: the plaintiff was diagnosed a progressive Reynaud’s phenomenon and in order the diagnosis to be precisely determined, his physician advised plaintiff to undertake an angiogram, the purpose of which akin to an X-ray, but is to display the circulatory system. To perform this procedure, the patient has to be administered a dye intravenously. Plaintiff’s procedure presupposed inserting a multitude of catheters into the veins under local anesthesia. In early 1973, defendant performed the angiogram of the left forearm when plaintiff experienced a severe pain in his right arm; therefore procedure was immediately terminated, but the patient had already encountered an injury¹⁹⁷. It was not known what actually happened, and the medical experts assumed it had to be a catheter escape to the patient’s spinal cord (in contrast with the techniques failure in *McLean*, in *Smith v. Auckland Area Hospital Board*, the opaque dye, presumably of indecent quality obliterated the blood flow in plaintiff’s leg causing it to be removed). The medical expert witnesses testified that such awful consequences could appear, and the physician should have known of such possibility but did not warn the plaintiff. As in *Beausoleil and Halushka*, the consequences of the operation were either seldom or unexpected; the Court found that the risk of palsy was not known, or barely known by radiologists in the early 1970s and the plaintiff had already been properly informed concerning the operation; what is more, the Court concluded that the principle announced in *Kenny v. Lockwood* concerning “a duty to warn” (just like in *Bolam*) was applicable only in case of well-known hazards presupposed to occur, but not some “orphan” consequences; thus finding for defendant¹⁹⁸. This case was not followed in *Reibl v. Hughes* and *Hopp v. Lepp*. In fact, against the background of *McLean*, the *Smith*’s case looks much more prudent to modern informed consent doctrine as the physician therein was found to be liable for negligence although those complexifications from an indecent dye were also way not too frequent: at p. 247 (or alternatively, in an another report, at p. 196–197), Woodhouse, J. said the following: “The welfare of patients would not be secured if a doctor’s duty to warn about proposed treatments was to be considered in abstraction from the condition to which they were to be applied”¹⁹⁹. Therefore, it is apparent that soon or less the informed consent distinctions were to be condemned sooner or later; but in fact, this query was repeatedly brought up again²⁰⁰. In *Johnston v. Wellesley Hospital*, a case with more simple facts, plaintiff, a 20-year-old young man suffering from active acne went to the hospital to have them removed after the advice of his treating physician; the acnes were widespread on his cheeks and forehead; the procedure which was seemingly carried out imprudently causing him suffer from a multitude of scars and blisters all over his face; being a negligence case at first glance, it wasn’t entirely such, as at age 20 he still was not considered mature upon Canadian civil law and so, under ordinary circumstances, the consent of his parents would be required, but the Court decided he had enough mental capacity to decide for himself enacting the concept of “mature infant” which was majorly known upon the US case of *Bonner v. Moran*²⁰¹. Plaintiff managed to recover for negligence from the side of the hospital, but didn’t succeed in prevailing in action for assault²⁰².

In *Zimmer v. Ringrose*, being very much of traditional informed consent view, the plaintiff, a woman willing to undergo sterilization after deciding that she wouldn’t desire bearing more offsprings having already two. The doctor told her there was a swift and modern method of sterilization which didn’t require hospitalization by using a silver nitrate paste, to which she accepted though without any written consent. The procedure was carried out in March 1973, and the woman was said that the appliance of nitrate would require an another procedure some months thereafter, which was done in June 1973; in September 1973 plaintiff was found to be pregnant again, went on abortion in Edmonton and afterwards underwent a tubal ligation in October 1973 executed by the same doctor. After the procedure, plaintiff’s health declined and was stabilized only by 1975²⁰³. The medical experts’ testimony was that such method had lots of potential adverse effects and didn’t receive much clinical practice, moreover in case of pregnancy the misbirth chance tolled around 85 per cent. Thus, the Court found that the method disposed was seemingly exper-

imental and without adequate clinical support; the Court attempted to distinguish battery and negligence actions as it was initiated before²⁰⁴. In fact, the distinction used in *Zimmer* was the same as it was made in *Cobbs v. Green*: unconsented surgery is itself battery, but the failure to inform, since it became a sort of standard for professional conduct is negligence²⁰⁵. The Court outlined that the defendant may prevail in action if demonstrates he acted with prudent and generally approved medical practice²⁰⁶. Upon the given evidence defendant was found to be negligent; moreover, it was not the first trial against him: Mr. Ringrose, a gynecologist by profession seemed to experiment a lot with methods of sterilization, but all of them tragically concluded in filing lawsuits against him, namely by *Colp*²⁰⁷ and *Cryderman*²⁰⁸, besides in all of the three cases Mr. Ringrose was sued for the same method of sterilization disposed in *Colp*, *Cryderman* and *Zimmer*²⁰⁹. The facts of the other two cases did not majorly vary from *Zimmer*. In *Cryderman*, a woman desiring to be sterilized came to Mr. Ringrose and he carried out the same operation. It was not only unsuccessful, but the plaintiff became pregnant again and so had to undergo an abortion procedure (the evidence was conflicting upon which way was it performed). It was revealed that Mr. Ringrose found this “silver nitrate” method in an early 1970s medical journal and desired to approbate it, repeatedly representing it among his colleagues and fellows; perhaps before he had discovered the said method it was unknown or nearly unknown in Canada²¹⁰. The health of Mrs. *Cryderman* had declined badly. Though the case report doesn’t distinctly reveal the events concerning plaintiff’s unexpected pregnancy, it was suggested that not only the physician failed to inform her concerning his “experiments”, but he even did the abortion (via biopsy) unconsentedly. Upon *Bolam*, *Halushka* and a number of other related sources the Court found that the case at bar was the one of such nature where the informed consent is a must, especially when the procedure is highly risky, thus finding Ringrose liable²¹¹. In fact, the 60s made a number of commentators to turn their attention on medical negligence concerning experiments where the informed consent was repeatedly discussed²¹². These abovesaid cases, the Ringrose trials and *Dendaas v. Yackel*, a case very much similar to Ringrose trials also being an action for battery (but transformed by the court to a count for malpractice) for not warning the woman that the method used didn’t guarantee total sterilization²¹³, had a substantial impact on the formation of Australian common law in regard with informed consent, in particular the case of *F. v. R.*²¹⁴.

The next cases which contributed to the Canadian informed consent doctrine, being considered the leading ones (though definitely not the first ones), are *Reibl v. Hughes* and *Hopp v. Lepp*, being both adjudicated in 1980 by the Supreme Court of Canada. These cases, however did not have any extraordinary facts but were majorly known to apply a set of US general rules on the informed consent. For instance, the Canadian courts began to apply an “objective test” in actions for unconsented surgery in the fashion United States courts did slightly before²¹⁵. In *Hopp v. Lepp*, an elderly man from Alberta who was suffering from a spinal blockage was hospitalized to have an operation on a disc; defendant removed a part of the spinal disc between the 3rd and 4th lumbar vertebrae. After the said operation, a follow-up X-ray revealed that the blockage was removed, but in fact, it wasn’t completely removed as unfortunate man continued to suffer²¹⁶. Plaintiff was advised to apply to another neurosurgeon in Calgary who performed a very complicated operation known as laminectomy from the second to the fifth lumbar vertebrae of the patient, having discovered and excised lots of extruding disc material. The complexifications were discovered on basis of an extended exploration. Sadly, the plaintiff remained disabled, upon the finding that some of the root canal nerves were permanently damaged; plaintiff sued for battery and negligence, however the trial judge didn’t find enough evidence that the care of physicians could be pronounced negligent, either in diagnosis or in the performance of the operation (besides, very complicated one), or in post-operative care; no appeal from the plaintiff’s party came upon the negligence claim, it was based upon the lack of informed consent of the plaintiff and he managed to recover 15,000 Dollars²¹⁷. The Court discussed the gist of informed consent and assumed there had been Canadian legacy on the subject, but quite few in respect with “intelligent” consent; upon the evidence, the appellant physician did not disclose the elderly man neither the scope of the operation, nor that he would be the only person to deal with any conjectural complexifications if such would occur, claiming that the operation won’t be a serious one and that the plaintiff should be fine in a week or a bit longer. At the trial court the findings were that the operation did not involve the risks which could be alerted in the way it would have been suitable to do in the case of *Halushka v. University of Saskatchewan*²¹⁸. The further evidence disclosed that it was actually the principal operation of that type conducted by the doctor and that he firmly denied it could be a complicated operation advising the plaintiff and his spouse not to travel to Calgary to have the blockage removed at a Calgary clinics. The Court examined the lower court decision to find out whether there was a discussion on probable risks as well as did the plaintiff inquire on such risks; evidence disclosed that the plaintiff and physician definitely had some discussion on the topic, but it was unclear was it a general query or anything more, as observed in the *Auckland Area Hospital* case²¹⁹, frequently cited by Canadian courts and in the instance case as well; nor was it clear if these risks were different from ones existing in any similar operations²²⁰. The Court also examined the *Lockwood* trials emphasizing on the duty to disclose risks which seemingly was not developed in Canada into a system-based approach despite having such legacy²²¹ but upon the Court’s view, was much better elaborated in the United States with a well-celebrated case of *Canterbury v. Spence*. Upon the *Lockwood* trials and *Halushka*, the Court recognized the informed consent doctrine outlining a classification of risks that was elaborated in the existing US and Canadian common law; the Court also found that the “duty to warn” which might be well recognized by *Bolam*, doesn’t arise from a query but is a duty which is obligatory regardless of it²²². The Court, however found that the informed consent was not the negligent action to be sued for as there was no facts affirming that the place of the operation (Lethbridge or Calgary) could be material at all, or the plaintiff put his consent to the operation depended anyhow on the choice of the city where the operation could be performed. Moreover, the trial judge’s finding that the permanent disability could have occurred resulting from the original con-

dition of his disc, and the possibility of the fact that unless Hopp had gone to Calgary to be operated he would have suffered less damage to health was entirely conjectural, were upheld by the Supreme Court. Thus, plaintiff's action was dismissed and appeal was allowed²²³.

The next case, *Reibl v. Hughes* is one of the most outstanding leading cases on the subject in Canada. There, a man in his mid-40s being a year-and-a-half prior to his lifetime pension decided to undergo a surgery to have an occlusion of his left carotid artery removed; upon the description of the appeal and the instant case, plaintiff also suffered from repetitive headaches and hypertension (believing that the said surgery would relieve him from them as well). After being fed up with his deteriorating health in early 1969 he went to his wife's physician, one Dr. Szabo, a Hungarian by origin as the plaintiff was, who advised undergoing an examination; therein plaintiff was found to have diabetes; after the examination he proceeded to work but his deterioration of health signaled and he was later advised to go to hospital for more examinations; there after being put on a diet his condition somehow improved, but not much since he still suffered from high pressure; upon the angiogram a blockage in his left carotid artery was found and it had to be excised as the blood flow was so severed it let out only 15 per cent of ordinary blood flow through the veins leading to the brain. Before the surgery plaintiff signed the consent form²²⁴. Within the operation, or shortly after it Reibl suffered an insult remaining him half-paralyzed and impotent. Such hazards were in the "risk list" of the operation though it was not very frequent. At trial Reibl managed to succeed in action recovering a surprising sum of 225 thousand dollars but the defendants appealed. The Ontario Court of Appeals made a number of findings. On that trial expert evidence by neurosurgeons revealed that around a tenth part of such operations brought to thanatoid consequences and that the plaintiff seemingly held a conversation on the content of the operation with the doctor, but evidence was pretty much conflicting in respect with the discussion of the risks, and the Court found that although it was not clear did Hughes refer to any statistics of casualties (as of the expert evidence it was 4 % of deaths and around 10 % of insults), or he just kept on to discuss how was the operation expected to be carried out, nevertheless it was concluded that Hughes said that it was up to Reibl to decide and Reibl consented²²⁵. As I mentioned before, Reibl thought he would be relieved from headaches as well and go to work as soon as possible and the trial judge found that he misunderstood the scope of the operation (and in fact, his native language was Hungarian though he was able to speak English on a moderate level and comprehended it same but was unable to distinguish such words as "stroke"), but evidence displayed that defendant explained him that it was a confusion. Therefore, the Court found that plaintiff was anyway aware of the operation; dealing with the causes of action upon negligence and battery the Court dismissed both, as in the primary one the Court, upon a so-called "subjective test" found nothing indicated that entirely defendant's negligence provoked plaintiff's damages, and the battery claim had its defense in the fact that plaintiff actually consented to the general operation (and actually even signed some consent form, though its text was not present in the reports)²²⁶. The Court also said that the *Lockwood* trials and *Male*²²⁷ both involved issues of informed consent though not being filed for failure to disclose risks, but for negligence and battery respectively; if the latter one was of that nature, then lack of informed consent upon the Court's view couldn't be regarded as battery and would more likely to fall into the scope of negligence (majorly this was laid down upon the view of *Cobbs v. Grant*). So, the Court allowed the appeal and granted a new trial²²⁸. On the trial held at the Supreme Court of Canada, the Court found that in the conversation between plaintiff and defendant neurosurgeon the latter induced him to believe that he had better had this operation than he would rather hadn't; and within cross-examination, a substantial fragmenton of which was attached to the report, Hughes did not disclose the risks concerning the presupposed surgery or the fatality and morbidity rates which were quite hazardous to be ignored²²⁹. The Supreme Court held that the liability won't stand in battery²³⁰ but may be addressed to negligence, finding that it was a physician's duty to give the appropriate information to the patient, who didn't cope with it; the Court also used the objective test upon which the thanatoid and morbidity statistics would induce a prudent person to withstand from such operation. Thus, the Court restored the trial court's judgment finding for plaintiff²³¹. It would be quite intelligible to say that *Reibl v. Hughes* completed the formation of informed consent doctrine in Canada being truly a leading case in the state.

After the two leading Canadian cases on informed consent were adjudicated, several issues of its modification remained. Such sprung out primarily on dentistry malpractice featured a position of the Court declaring that informed consent is not obligatory for minor manipulations²³², but this was not approved in similar dentistry malpractice cases in Canada, where the courts followed the *Hopp v. Lepp* and *Reibl v. Hughes* rules of informed consent²³³. One case is however worth being discussed as it's quite of complicated nature, combining the right to privacy, right to autonomy and the issue of emergency. In *Malette v. Shulman*, a woman being a Jehovah Witness sued a doctor for an unconsented blood transfusion (in fact, it is true that people with similar religious beliefs object blood transfusion and thus there was several similar suits on "conscious" refusal of treatment, or unconsented blood transfusion²³⁴). The facts of the case were quite cunning and complicated: in 1979, the woman being already 57 years old, had been plunged into a car crash with her husband killed and herself mangled having a multitude of face and head traumas as well as suffering from a substantial blood loss; she was taken to the emergency department where she was examined by Dr. Shulman and his mate who agreed that blood transfusion would be necessary to preserve her life; one of the nurses found out a card declaring plaintiff to be Jehovah's Witness and the passage on the card stated she would not tolerate any blood transfusions under any conjectural circumstances²³⁵. Dr. Shulman had not been notified on the content of the card, but nevertheless decided to conduct transfusion; the relatives of Mrs. Malette came to the hospital and objected blood transfusion upon their beliefs even though they apparently knew in which condition the woman was. After the said procedure the plaintiff was thereafter treated without any blood

transfusions and later successfully recovered. On the first trial, defendant Shulman was found liable for battery and the learned judge found the “card” legally valid²³⁶. The Court acknowledged the right to self-determination, discussing the parity of state-interest of patient’s preservation of life and his right to autonomy in decision-making holding that the appeal should be dismissed and finding for plaintiff²³⁷. To a similar decision came the Court of Appeal (England) in the “T case” in 1993 where a pregnant woman was severely injured in a car crash, being a Jehovah’s Witness; she was also subjected to blood transfusion though it was not emergent and the Court recognized her right to withstand from treatment on basis of beliefs²³⁸. From the 1980s and 90s decisions of the English Court of Appeal it may seem that England approves maximal autonomy, if not to say independence to patient’s decision-making even in case he or a child in his custody would apparently die unless treatment is administered²³⁹; but at the same time the British courts upheld the principle to preserve child’s life unless it is firmly evaluated to be condemned to death, his further life would literally become intolerable and any amount of treatment would postpone, but not avert death²⁴⁰. The American decisions involving people with religious beliefs prohibiting blood transfusion were not uniform by their adjudication: the 1970s Federal decision of Holmes, being aggravated by the issues of survival of action (as the plaintiff deceased), his minority (20 years of age) as well as other concerns held that upon his religious beliefs he had a right to refuse treatment²⁴¹. Several US courts came to a conclusion that upon the First Amendment the person has a right to refuse medical treatment unless the state may justify the body interference in some way²⁴²; indeed, a cascade of similar cases displayed that in each of such entries has to be balanced against state interests, adopted by American courts as the following: 1) preservation of life; 2) protection of innocent third parties; 3) suicide prevention; 4) ethics preservation and maintenance²⁴³. Several US decisions, mainly the earlier ones seemed to display a substantial prevailing of state interests against patient’s religious beliefs in order to save life²⁴⁴. In fact, such cases on blood transfusion could be complexified by the circumstance the patient is a minor and the parents wouldn’t let transfusion on basis of their religious beliefs²⁴⁵. In some states, the hospitals applied for a court order to appoint a legal guardian who would allow administering blood to a person with religious beliefs inhibiting the said²⁴⁶; or applied to the court to receive an order (an “emergency writ”) to conduct it²⁴⁷. Some courts agreed that there may be a multitude of circumstances that a court may consider to allow or not allow such transfusion, or to find its performance actionable, or not, for instance, existence of dependents²⁴⁸.

Conclusions and corollary. At present time the Canadian common law truly possesses a substantial number of cases on the subject of unconsented surgery and therapy, having various impacts and influencing a number of other commonwealths’ common law as well. The carousel of domestic cases involves actions for failure to warn on the consequences of sterilization²⁴⁹; on appliance of anesthetic apparatuses and possible malfunctions of the said²⁵⁰; unauthorized administering of anesthetics which brought to paralysis²⁵¹ or other health impairments²⁵²; issues of immature consent²⁵³; nondisclosure of adverse effects of angiograms²⁵⁴; misrepresentation of the embrace of the operation²⁵⁵; nondisclosure of experiment risks²⁵⁶; unauthorized medical procedures in dentistry, such as multiple teeth removal²⁵⁷; extension of the operation involving some emergent condition²⁵⁸, and after the informed consent doctrine was adopted in *Reibl v. Hughes*, the issue of necessity of informed consent for minor and non-surgical operations (primarily in dentistry)²⁵⁹. Some cases feature French impact concerning the adjudication²⁶⁰, while the others disposed American informed consent doctrine in a blend with domestic cases²⁶¹; however upon the late 70s and early 80s the Canadian courts had enough domestic practice to adjudicate the respective cases. All in all, despite having less court decisions on the subject than in United States, the Canadian common law has got enough legacy vis-à-vis informed consent doctrine in the time fragmenton of 1899 and 1900.

¹ Upon the distinction originating from *Schloendorff v. New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 129–130 (1913), in case the surgeon performs an unauthorized surgery, he’ll be liable for technical assault/battery, and it’s not a mere negligence to do this. See. *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 268–270; 1 A.L.R. 439, 439–441 (1905); *Hively v. Higgs*, 120 Or. 588, 592 (1927); *Moscicki v. Shor*, 107 Pa. Super 192, 195; 163 A. 341, 342 (1931); *Bonner v. Moran*, 126 F.2d 121, 121–122 (1941); *Rothe v. Hull*, 352 Mo. 926, 929 (1944); *Nolan v. Kechijian*, 64 A 2d. 866, 866 (1949); *Chambers v. Nottenbaum*, 96 So. 2d 716, 717 (1957); *Nathanson v. Kline*, 186 Kan. 393, 402 (1960); *Gruccio v. Baxter*, 135 N.J. Super. 290, 295 (1974); *Samoilov v. Raz*, 536 A.2d 275, 277 (1987), etc. What as to an action for negligence in such case, upon *Hershey v. Peake*, 223 P. 1113 (1924), at. page 1113–1114, the action founded upon an unconsented surgery is maintainable upon the theory of negligence rather on assault/battery in case the action of the physician is *unintended* and arises from his carelessness within the said operation. The consent, however, does not exempt him from liability in case the *consented* operation was proved to be negligently executed, *Theodore v. Ellis*, 141 La. 710, 723–724 (1917). In case the patient is unconscious, and the unauthorized operation is performed in the scope of a consented operation, he may sue for assault/battery as well, and physician will be liable for it, unless an emergency (which has to be proved) occurs, *Bennan v. Parsonnet*, 83 A. 948, 949–950 (1912).

² See. *Rosenthal v. Hasbrouk*, 161 N.Y.S. 354, 354 (1916); *Delahunt v. Finton*, 224 Mich. 226, 221 N.W. 168, 169 (1928); *Gist v. French*, 136 Cal. App. 2d 247; 277 P.2d 1003, 1006 (1955).

³ See. *Burroughs v. Crichton*, 4 A.L.R. 1529, 48 App. D.C. 596, 597–598 (1919); *Frank v. Maliniak*, 249 N.Y. Supp. 514, 232 App. Div. 278, 279–280 (1931).

⁴ *Hundley v. St. Francis Hospital*, 327 P.2d 131, 135; 161 Cal. App. 2d 800, 805–806 (1958).

⁵ See. *Cobbs v. Grant*, 3 Cal. App. 3d 228, 238–238 (1973) and cases adjudicated under the theory of assault/battery and medical malpractice cited therein.

⁶ In England, one of the first reported cases to consider the subject, *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 1 W.L.R. 582, 583–585., was an action for negligence. *Chatterson v. Gerson*, [1981] 1 Q.B. 432, 442–445 was filed upon the theory of trespass to person which was disapproved by the Court; Bristow, J., at p. 442–443 said that failure to obtain consent should be tried under the theory of negligence.

⁷ See. *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital etc. et al.*, [1985] A.C. 871; [1985] UKHL 1, 6.

⁸ *Moyes v. Lothian Health Board*, [1990] S.L.T. 444, 450–451.

⁹ For example, see. *Marshall v. Curry*, [1933] 3 D.L.R. 260; *Mulloy v. Sang*, [1935] 1 W.W.R.; 714; *Winn v. Hospital, etc.*, [1940] O.W.N. 238; *Schweizer v. Central Hospital et. al.*, [1975] 6 O.R. (2d) 606.

¹⁰ *Kelly v. Hazlett*, 75 D.L.R. 3d 536, para. 71, 75–78 (1976).

¹¹ *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 883, 888–892; 925–929.

¹² See. *Kozup v. Georgetown University*, 851 F. (2d) 437, 439–440 (D.C. Cir. 1988).

¹³ See, e.g. *Smith v. Weaver*, 22 Neb. 569, 575 (1987). There, a Nebraska statute enacted in 1976 proceeded that plaintiff could succeed in action only if he could somehow managed to prove that in an “objective test”, like in Canadian actions for negligence, a prudent person would withstand from surgery or treatment finding it dangerous thus making lack of informed consent not being itself actionable; see. 44–2820, “Action based on failure to obtain informed consent; burden of proof” and it’s case law application: *Jones v. Malloy*, 226 Neb. 559 (1987) [chiropractic casualty]; *Curran v. Buser*, 272 Neb. 332 (2006) [gallbladder removal casualty].

¹⁴ See. *Natanson v. Cline*, 360 P.2d 1093; 186 Kan. 393, 402–405 (1960).

¹⁵ *Pedesty v. Bleiberg*, 59 Cal. Rptr. 294, 251 Cal App. 2d 119, 123–124 (1967).

¹⁶ *Natanson v. Kline*, 187 Kan. 186, 187–188 (1960).

¹⁷ *Jones v. Malloy*, 226 Neb. 559, 562–565 (1987).

¹⁸ See, for instance, *Nelson v. Sandell et. al.*, 212 Iowa 109, 209 N.W. 440, 441 (1926); *Moscicki v. Shor*, 107 Pa. Super. 192, 183 A. 341, 341–343 (1931) as early authorities in United States on the subject.

¹⁹ *Halushka v. University of Saskatchewan*, 89 D.L.R. (3d) 112, para. 25–32 (1965).

²⁰ *Moore v. Regents of University of California*, 51 Cal. 3d. 120, 129–132 (1990).

²¹ See. *Holmes v. Silver Cross Hospital of Joliet, Illinois*, 340 F. Supp. 125, 129–130; 132–136 (1972); *Malette v. Shulman*, 67 D.L.R. (4th) 321, 330–336 (1987–90) *In Re T. (Adult: Refusal of Treatment)*, [1993] Fam. 95, 99–101; 113–115; see also cases cited in note 243–246 *infra*.

²² E.g. a dictum could be found in *Williams v. Poppleton*, 3 Ore. 139 (1870), at p. 147, where plaintiff sued a physician for negligent treatment causing his leg to be amputated. The Court had an extensive discussion on the expected degree of abilities, skill and knowledge a surgeon ought to possess not to be held liable in case the treatment is unsuccessful, and stated the following: “From these and like considerations [speaking of surgeon’s expected skills and knowledge] arise those cases and conditions so frequently alluded to by medical witnesses in the course of the trial, in which the surgeon is called upon to exercise his best judgment, and in which he is justified in changing the mode of treatment from time to time and the nature and exigencies of the case indicate a necessity, or the propriety of a change”. Later, on p. 148, the Court augmented that it might not actually mean that “doctor always knows better”, but only in the sense he would be exercising his best judgment in any particular case (see additionally e.g. *Staloch v. Holm*, 100 Minn. 276, 281 (1907).

²³ Concerning the unconsented surgery, the first reference to it was made in *State ex. rel. Janney et al. v. Housekeeper et. al.*, 70 Md. 162, 2 R.L.A. 587, 588 (1889). But in fact, it is a general rule in each action for professional negligence.

²⁴ *Cozine v. Moore*, 159 Iowa 472, 141 N.W. 424, 426 (1913); *McGuire v. Rix*, 225 N.W. 120, 122 (1929); *Hunt v. Bradshaw*, 242 N.C. 517; 88 S.E.2d 762, 765–767 (1955). On a more expanded meaning of ordinary skill and care, as well as the analysis of them, see, for instance, Milton Oppenheim, *Standard of Care of Medical General Practitioners*, 9 Clev. Mar. L. Rev. 227, 228–232 (1960).

²⁵ *Town v. Archer*, [1902] 4 D.L.R. 382, 388–390; *Jarvis v. International Nickel Co.*, [1929] 2 D.L.R. 842, 845–846; *Chrysler v. Pearce*, [1943] 4 D.L.R. 738, 747; *Wilson v. Swanson*, [1956] S.C.R. 804, 812–813; *Challand v. Bell*, 18 D.L.R. (2d) 150, 152–153 (1959).

²⁶ See *Rex v. Bateman*, 19 Cr. App. R. 8; 41 T.L.R. 557, 559 (1925) and vintage authorities cited therein.

²⁷ See cases cited in *Wilson v. Swanson*, [1956] S.C.R. 804, at page 813.

²⁸ The announced general rule on 30 Cyc. 1578 and early authorities cited therein; see also. *Nelson v. Sandell et. al.*, 212 Iowa 109, 209 N.W. 440, 442 (1926) and authorities cited.

²⁹ See. *Ewing v. Goode*, 78 Fed. 442, 443–444 (1897) and vintage authorities cited therein.

³⁰ See. *Baxter v. Snow*, 2 P.(2d) 257, 265 (1931).

³¹ For instance, in *Simone v. Sabo*, 37 Cal. 2d 253, 231 P. 2d 19, 21–23 (1951), plaintiff sued a physician for a negligent tooth removal involving various surgical machinery which allegedly severed the nerves, but didn’t bring expert witnesses which could approve his own testimony. The California Civil Code provisions, referred by defendant thereto required expert testimony. Instead, the defendant brought in several surgeons who testified he acted with expected care and applied decent skill. Owing to lack of evidence, the defendant had the decision.

³² Primarily, such expert witnesses are physicians and hospital staff. See. *Nelson v. Sandell*, 209 N.W. 440, 442 (1926); *Jackovach v. Yokom*, 237 N.W. 444, 447 (1931), and authorities cited therein.

³³ For means of brevity, see Gerald M. Smith, Robert J. Olinger, *Consent to Surgery*, 11 Clev. Marshall L. Rev. 241, 243–247 (1962), and a number of authorities cited therein.

³⁴ In a nutshell, by such “intelligence” it is meant to be that the patient conceives what is going to be performed, what are the risks and what are the conjectural adverse consequences of such operation or treatment, otherwise, upon the vast majority of US states common law it is void and actionable, *Aiken v. Clary*, 398 S.W. (2d) 668, 674–675 (1965), etc.

³⁵ *Gruccio v. Baxter*, 343 A.2d. 145, 135 N.J. Super. 290, 295 (1975); to the same effect goes *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 883, 925–928.

³⁶ *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, 149; 157.

³⁷ See., for instance *In Re Conroy*, 486 A.2d 1209, 1222–1223 (1985) and authorities cited therein; a more detailed view upon various commonwealth state cases and international human rights case law will be expressed in the paper below.

³⁸ *Moore v. Regents of University of California*, 793 P. 2d 479, 51 Cal. 3d. 120, 129–131 (1990).

³⁹ In fact, there had been few cases on the record prior to *Housekeeper* and *Hanselman*. Such obscure entries involve *Slater v. Baker & Stapleton*, 2 Wils. 359, 361–364 (1767) [unconsented rebreach of plaintiff’s leg by two “enthusiastic” physicians attempting to experiment on a new method of fracture treatment]; *McClallen v. Adams*, 36 Mass. 333 (doctor held not to be liable for an operation not saving the life of plaintiff’s spouse, being made without his consent); *Boydsten v. Giltner*, 3 Or. 118, 124–126 (1869) [unauthorized rebreach of arm, upon lack of evidence the jury rendered verdict for defendant]. It has to be augmented that the history of medical neg-

ligence counts several centuries. An astonishing passage on this topic could be found in Mr. McCoid's treatise on a 1959 Symposium on Professional Negligence, see. Allan H. McCoid, *The Care Required of Medical Practitioners*, 12 Vand. L. Rev. 549 (1959).

⁴⁰ *McClallen v. Adams*, 36 Mass. 333, 335–336 (1837).

⁴¹ See. e.g. Donald G. Hagman, *The Medical Patient's Right to Know: Report on a Medical-Legal-Ethical, Empirical Study*, 17 UCLA L. Rev. 758, 764–767 (1970).

⁴² 1 *Kinhead on Torts* 735, 735–738 (para. 375); Taylor, *Law in its Relations to Physicians* 313, 313–315 (see. "Necessity of Consent to Surgical Operations).

⁴³ For an example of such, see, for instance, *Littlejohn v. Arbogast*, 95 Ill. App. 605, 608 (1901) and rules announced by the court concerning consent to surgical interference (at p. 608).

⁴⁴ See. *Kennedy v. Parrott*, 243 N.C. 355, 90 S.E.2d 754, 758–759 (1956).

⁴⁵ E.g. Ralph Straub, *The Surgeon and the Unconscious Patient*, 33 Law Notes (Edward Thomson Co.) 29, 29–31 (1929).

⁴⁶ *Bennan v. Parsonett*, 83 A. 948, 949 (1913).

⁴⁷ *Bennan v. Parsonnet*, 83 N.J.L.R. 20; 83 A. 948, 949–950 (1912).

⁴⁸ 211 N.Y. 125, 128–130 (1914).

⁴⁹ *Id.*, 128–129.

⁵⁰ See. *Bakal v. University Heights Sanitarium, Inc.*, 277 App. Div. 572, 575–577 (1950) (for); see also *Post et al. v. Crown Heights Hospital*, 173 Misc. 250, 257–258 (1940) (against). In *Bakal*, the Court held that unless the Appellate Court being superior to it would state otherwise, the immunity rule would not change, see *Bakal*, at p. 575. This rule, as I mentioned before, didn't really spread apart from the state of New York and was declared abortive seven years after.

⁵¹ To some extent, it was based upon an English decision, *Hillyer v. Governors of St. Bartholomew's Hospital*, [1909] 2 K.B. 820, 825–826. There, plaintiff, being a physician himself returned from Africa in bad health and applied as a non-paying patient to the Londonese hospital, a charitable body, in order to be consulted. Before the examination he was etherized and within it one of his hands was burned and the other was bruised. The Court (per Farwell, L.J.) held that defendants could not be liable as their relation is not of master and servant. What is surprising, the Court relied on an earlier American authority concerning master-servant relation concerning charitable hospitals. The *Hillyer* case was later distinguished in Scotland. In *Reidford v. Magistrates of Aberdeen*, 1933 S.L.T. 276, at page 280 it was settled that the in the scope of hospital service, a professional (a physician) could be liable in a nonsuit action for his own negligence, but the regent will not be. Within the sphere of professional medical service, it was held that there existed no actual master-servant relation. In *MacDonald et al. v. The Board of Management for Glasgow Western Hospitals, etc.*, 1954 S.C. 453, at page 456–458, this liability was said to be imposed in case of proof that the Board *itself* was negligent in some way, and the Court allowed proof, but the counsel for plaintiff didn't give justifying proof to maintain the action, see p. 457–459. This however didn't mean that a surgeon or other staff member would not be liable for his own "irregularity" (see explanatory in *MacDonald*, p. 457). Therefore, in that case the Court of Sessions approved the rule concerning the exemption of a hospital board liability for servant's negligence which was announced in various cases earlier, *Davis v. Glasgow Victoria Hospitals Board of Management*, 1950 S.L.T. 392, 394–397 (1950) and other cases cited therein; but considered the issue of board's own negligence. However, the decline of the concept in Scotland came relatively short, *Fox v. Glasgow South Western Hospitals & Another*, 1955 S.L.T. 337, 339–340 where the *Hillyer* decision was criticized and abandoned thereafter. In England, the *Hillyer* decision was severely criticized and found to be abortive even earlier, *Gold v. Essex County Council*, [1942] 2 K.B. 293, 299–300. Please note that Scottish cases cited hereinabove did not necessarily concern a non-profit hospital, whereas the *Schloendorff* rule covered only such establishments the late modification of the rule, see cases cited in *note 34 supra*, and *Bing v. Thunig*, 2 N.Y. 2d 656 (1957), at pages 666–667, where the Court declared profit-making and non-profit hospitals equally liable for the wrongs done by its staff, see *infra note 36*. Some further notes on the English views of hospital liability and standards of care are well discussed by Mr. Fleming on a 1959 Symposium on professional negligence, see. John G. Fleming, *Developments in the English Law of Medical Liability*, 12 Vand. L. Rev. 633, 635–639; 640 (1959).

⁵² Upon the timeline, revealed by Fuld, J. in *Bing*, the history of this doctrine lies in a North-American case, *MacDonald v Massachusetts General Hospital*, 120 Mass. 422, 435–436 (1876) [per Devens, J.] The sole authority referred to was an English one, being already overruled decades before by the time of *MacDonald* case occurred. See more on the said cases, A.L. Goddard, *Hospitals and Trained Nurses*, 54 L.Q.R. 553, 557–558 (1938). The pre-*Hillyer* cases were discussed in a distinct Canadian case, namely *Lavere v. Smith's Falls Public Hospital*, 35 O.R. 98; 26 D.L.R. 346, 350–354 (1915).

⁵³ In fact, Canadian courts quickly disapproved *Hillyer* and found its approach to be abortive, see. *Lavere v. Smith's Falls Public Hospital*, 26 D.L.R. 346, 360–362 (1915) [per Riddell, J.] and *Nyberg v. Provost Municipal Hospital Board*, [1927] 1 D.L.R. 969, [1927] S.C.R. 226, 229–230 [per Anglin, C.J.C.]. At the same time, other Canadian Courts followed *Hillyer* for some time: *Pierce v. Straphroy Hospital*, 27 O.W.N. 180 (1924).

⁵⁴ For the Scottish cases disapproving *Hillyer*, see cases cited and discussed in *note 51 supra*.; However, in *Footte v. Shaw Stewart et. al.*, [1911] 2 S.L.T. 364, 367 the hospital was held not to be liable *ex contractu*.

⁵⁵ See *Gold v. Essex County Council*, [1942] 2 K.B. 293, 296 [argument of counsel for plaintiff] and cases cited therein. A good discussion on the said doctrine in 1866–1915 was held in *Lavere v. Smith's Falls Public Hospital*, 38 O.R. 98, 26 D.L.R. 346, 354–356 (1915), on pages I cite herein (but see also *supra note 36* on pre-*Hillyer* cases).

⁵⁶ See *Brant v. Sweet Clinic*, 167 Wash. 166, 174 (1932); *Giusti v. C. H. Weston Co.*, 165 Or. 525, 106 Pa. 2d 1010, 1012 (1941) and cases cited therein.

⁵⁷ *Bing v. Thunig*, 2 N.Y. 2d 656, 666–667 (1957) [per Fuld, J., lead opinion].

⁵⁸ See. for instance, *Martel v. Hotel Dieu St-Vallier* [1969] S.C.R. 745, 752–753. In this Canadian case, which we'll discuss in the paper, there was an issue of hospital's and anesthetist's liability for an unauthorized caudal anesthesia injection which caused plaintiff's paraparesis within a haemorrhoidectomy. There, he was found to be a regular employee and so both he and the hospital were held liable.

⁵⁹ *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 131–135 (1914).

⁶⁰ The given definition is a pretty condensed one made up on basis of the court decisions cited hereinafter. For a more detailed description, see a decent one in Jon R. Waltz, Thomas W. Scheuneman, *Informed Consent to Therapy*, 64 N.W.U. L. Rev. 628, 630–634 (1970). Waltz and Scheuneman wittily emphasize, at page 631, that a physician while performing such a procedure, which may be somehow experimental or innovative by techniques, must not only possess ordinary skill and provide the patient with adequate care, but possess proper knowledge to conduct such procedures and dispose respective appliances.

⁶¹ *Salgo v. Leland Stanford Etc. Bd. Trustees*, 317 P.2d 170, 154 Cal. App. 2d 564, 577–578 (1957) and *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093, 186 Kan. 393, 403–404; 409–413 (1960).

⁶² Such view is adopted in the celebrated case of *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d 772, 782 (1972). The rules and corollary deriving from the said case was repeatedly disposed within the amalgamation of custom informed consent rules in other commonwealths including England. See also fn. 15 at p. 781 and 29 at p. 782 and cases cited therein and cases cited in footnote 54 *infra*.

⁶³ For instance, see *Hudson v. Shoulders*, 11 Smith (TN) 70; 164 Tenn. 70; 45 S.W. 2d 1072, 1072–1073 (1932); *Perrin v. Rodriguez*, 153 So. 555, 557–558 (1934); *Bowman v. McPheeters*, 77 Cal. App. 2d 795, 797–798; 800–802 (1947); *Simone v. Sabo*, 231 P.2d 19, 21 (1951); *Stafford v. Shultz et al.*, 42 Cal. 2d 767, 778–780 (1954); *Guy v. Schuldt*, 138 N.E. 2d 891, 236 Ind. 101, 109–112 (1956); *Sheets v. Burman*, 322 F. 2d 277, 279–280 (1963); *Emmett v. Eastern Dispensary and Cas. Hospital*, 396 F.2d 931, 938 (1967).

⁶⁴ See remark in G. E. Maybee, *Assumption of Risk and Negligence*, 36 Can. B. Rev. 136, 136–137 (1956).

⁶⁵ In general, it is the correlation between the doctrine of “volenti non fit injuria” and professional negligence. This doctrine was not found to be a defense unless the plaintiff was proved to be explicitly aware of the extent of risk he was subjecting himself. It was quite common in actions of an injured passenger, spectator, or workman: *Letang v. Ottawa Electric Railway Co.*, [1926] A.C. 725, 730–731 (and see earlier cases cited); *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205, 215–217; *Murray and Another v. Harringay Arena LD*, [1951] 2 K.B. 529, 534–535; *Wooldridge v Sumner et al.*, [1963] 2 Q.B. 43, 69–70, etc.

⁶⁶ 450 S.W. 2d 2d 578, 580–581 (1969).

⁶⁷ See *Salgo v. Leland Stanford Etc. Bd. Trustees*, 154 Cal. App. 2d 564, 578 (1957).

⁶⁸ *Canterbury v. Spence*, 487 F. 2d 772, 780–788 (1972).

⁶⁹ *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 1 W.L.R. 582, 583–584; 588–590.

⁷⁰ In fact, even as of the 80s decision, *Sidaway v. Governors of Bethlem Royal Hospital etc.*, [1984] 1 Q.B. 493, 511–515, did not recognize such common law right “to autonomy”, despite a handful of American and Canadian cases affirming such right were observed. The first English decision to affirm the American and Canadian consent doctrines, where the rule similar US had been announced was *In re F*, or *F. v. West Berkshire HA*, [1990] A.C. 1, at p. 69–71 [per Griffiths, L.].

⁷¹ In fact, it's difficult to stick to an exact date. In one of the most outstanding informed consent cases in Canada which was adjudicated by the Supreme Court, *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, at pages 196 and 201, the Court cites *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R. 141 (the defendant's appeal, dismissed) as well as *Parmley v. Parmley & Yule* [1945] S.C.R. 635 as the first cases to engage the informed consent doctrine. These, however, were not the principal cases on consent to surgery in Canada. All of such we'll discuss in the given paper.

⁷² See *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, 195–196 and cases cited therein; also fn. 60 *infra*.

⁷³ See *McLean v. Weir*, [1977] W.W.R. 609 [annotation by Ellen P. Jacobs]; *Jodouin v. Laurentian University Hospital*, [1978] 1 A.C.W.S. 98, para. 14.

⁷⁴ See *Kelly v. Hazlett*, 75 D.L.R. 3d 536, para. 71, 75–78 (1976); besides, a similar view was announced by US courts as well, for instance, see *DeFilippo v. Preston*, 53 Del. 539, 173 A.2d 333, 338–339 (1961).

⁷⁵ *McLean v. Weir*, [1977] W.W.R. 609 [annotation by Ellen P. Jacobs].

⁷⁶ [1980] 2 S.C.R. 883, 888–892; 924–928.

⁷⁷ See *Rogers v. Whitaker*, 175 C.L.R. 479, 485–492 (1992) and cases cited in *infra note* 130.

⁷⁸ See. United States: *Cannell v. Medical and Surgical Clinics etc.*, 315 N.E. 278, 279–281 (1975); *Rabens v. Jackson Park Hospital Foundation, etc.*, 40 Ill. App. 3d 113, 116–118 (1976); *Clay v. Little Co. of Mary Hospital*, 277 Ill. App. 3d 175, 178–180 (1992); Australia: *Breen v. Williams et al* [1996] H.C.A. 57, per Brennan C.J., at 14–16; Canada: *McInerney v MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, 146–153 [per Ryan, J.]. On the English cases, see passage below.

⁷⁹ In spite of data privacy being of fairly recent concerns, the issue of record-keeping in medicine seems to be a vintage one, e.g. see *Halls v. Mitchell* [1927] S.C.R. 125. There, an ex-serviceman who was discharged from the army for heart problems, desired to obtain compensation from a railroad company where he used to be employed when he suffered an iritis attack badly damaging his eyesight. When applying to a compensation board, he was rejected on basis of some earlier records suggesting he had contracted iritis earlier. He was notified that upon the evidence of several doctors he had the ailment long ago and sued one of them for defamation who allegedly reported his “fake” diagnosis to others. Dr. Mitchell, plaintiff's earlier physician found an old record of Halls complaining on iritis two years before the incident and thus reported it to one Dr. Campbell, his recent physician. Hall himself did not tell Hewitt he had iritis before. Then Mitchell applied to Dr. Hewitt, a board official, to obtain Halls' medical history. They met, checked the records and then Mitchell misspelt the diagnosis abbreviation believing it was the same malady Halls was treated earlier, and so notified the board officials thereupon (p. 130–131). The Court examined if the above stated communications with transmitting patient's personal data were privileged. Upon the English defamatory law principles, in short, such communication should have been justified by a professional duty or some overriding interest (p. 133). The communication was found to be a duty of the people mentioned hereinabove; and as a general rule, the Court stated that the personal data of the patient is under control of the patient and not the doctor, and so must not be disclosed unless a paramount necessity (p. 136, 138). At one point, it was established that not all the people examining the letters carrying the medical records were physicians; the doctor's mistake was proved and the other letters were examined (p. 143–145); finally, the Court held that the disclosure of sensitive personal data was not justified under a strict duty or “general interest of society”, and moreover, being concealed from the plaintiff; thus the Court found for plaintiff-appellant (p. 147–148). The nature of a patient-physician relationship being of confidential character seems to be originating from a well-established rule of the relationship confidence between a doctor and a patient, see also: *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R. 141, 155–157 *Henderson v. Johnston* [1956] O.R. 789, para. 32; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, 202.

⁸⁰ Gerald Dworkin, Notes and Cases, *Access to Medical Records – Discovery, Confidentiality and Privacy*, 42 Mod. L. Rev. 88, 90 (1979).

⁸¹ See, for example, *Dunning v. United Liverpool Hospitals' Board of Governors*, [1973] 1 W.L.R. 586 (per curiam) and *Deistung v. South West Metropolitan Regional Hospital Board*, [1974] 1 W.L.R. 213, 215–217. On the same subject was *Davidson v. Lloyd Aircraft Services Ltd.*, [1974] 1 W.L.R. 1042. In that case the hospital board was not a defendant but a third party. There the medical records were disclosed, but not to plaintiff himself and to his medical adviser instead. All of the said cases were overruled by the *McIvor* decision.

⁸² *McIvor & Another v. Southern Health and Social Service Board*, [1978] 1 W.L.R. 757, 761–763 [per Diplock, L.].

⁸³ See. *Gaskin v. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549, 1551–1553 [per Denning, L. M.R.]; 1554–1555 [per Megaw, L.J.]. This case, however, did not fully embrace medical records as such. There plaintiff sought to obtain access to all his records on him

while he was in various orphanage custody. These involved medical records, but he didn't directly ask a hospital for the records. Thus, this case has to be distinguished from actions filed against hospital boards for negligence or sealing personal files. Even after the Gaskin trial at the European Court of Human Rights, the English courts denied a common law right to access to personal files being in ownership of health authorities see. e.g. *Regina v. Mid Glamorgan Family Health Services Authority & Another / Ex Parte Martin*, [1995] 1 W.L.R. 110, 115–117. There, the appeal for order to disclose health records was dismissed on basis of the foundation it would be too detrimental for the patient and in his "best interests". Basically, it was very similar to the non-disclosure arguments in the *Gaskin* trial, see. p. 1554 and onward; and see dictum in *Sidaway v. Benthlem Royal Hospital etc.* [1985] A.C. 871, at p. 904 [per Templeman, L.].

⁸⁴ *Church of Scientology of California v. Department of Health and Social Security*, [1979] 1 W.L.R. 723, 733–735, etc.

⁸⁵ *Lee v. South West Thames Regional Health Authority*, [1985] 1 W.L.R. 845, 848–850.

⁸⁶ See. *Boyle v. Glasgow Royal Infirmary*, [1969] S.C. 72 (leading authority on medical records); *Connolly v. Edinburgh Northern Hospitals*, [1974] S.L.T. 53.

⁸⁷ See. *McGown v. Erskin et al.*, [1978] S.L.T. 4, 5; *Moore v. Greater Glasgow Health Board*, [1978] S.C. 123, 128–129; *Gibson, Petitioner*, [1984] S.L.T. 61, 63–64.

⁸⁸ See Alvin Hopper, *The Medical Man's Fiduciary Duty*, 7 Law Tchr. 73, 74–75 (1973). In this article, Mr. Hopper gives a brief, but a very interesting vintage common law legacy on this type of breach of confidence. I would possibly name a few more older cases on the subject, but in the terms of brevity I would agree with his position, adding that *Halls v. Mitchell* [1927] S.C.R. 125 was a exactly a common law development of data protection law and thus medical data privacy is seemingly even more vintage than *Halls*. The confidentiality of medical personal data was recognized in the 19th century in United States: *Buffalo Loan & Trust & Safe Deposit Co. v. Knights Templar & Masonic Mutual Aid Assn.*, 27 N.E. 942, 944 (N.Y. 1891). Mr. Hopper refers two "anonymous" cases in Scotland affirming confidentiality of medical records and reports, being adjudicated in 1851 and 1904 respectively (they were cited both as "AB v. CD"), while in fact their names are *Whyte v. Smith*, 14 D. 177 (No. 46); 24 S.C. 78 (1851) and *McEwan v. Watson* [1904] S.C. 213. Actually, the 1851 case in Dunlop's reports is really referred to be anonymous but the report is nearly identical to the Court of Sessions version of the case. It is true that as early as 1851 the Court of Session recognized the right of privacy as to medical records and the principle of secrecy in such personal data, see. *Whyte v. Smith*, at p. 149–150 (D) / 78–79 (C.S.). In Continental Europe, the principle of confidentiality of medical records was greatly depicted in the German case of *Günther v. Gerhard*, B.G.H.Z. 24, 72 (1957), where a man being plunged into a fight and being beaten up tried to recover money from an insurance company. As he was not severely injured, he didn't manage to recover. There was a cascade of suits against defendant and other allied persons one of which was against his physician who disclosed his medical records to third persons which were disposed to prove plaintiff was not badly injured. However, the Hildesheim regional court found that despite the breach of confidence as to major ailments would be actionable, more mediocre and light injuries were not of such nature, see p. 78–80. This case was repeatedly approved in German case law.

⁸⁹ *McInerney v. MacDonald*, [1992] S.C.R. 138, at page 150.

⁹⁰ *McGarry v. J. A. Mercier Co.*, 272 Mich. 501, 262 N.W. 296, 297–298 (1935); *Rogers v. St. Mary's Hospital of Decatur*, 149 Ill. 2d 302, 306–308; 309–310 (1992).

⁹¹ *Clayman et ux. v. Bernstein*, 38 Pa. D. & C. 543, 546 (1940, reported 1955).

⁹² See. *Feeney v. Young*, 191 N.Y. App. Div. 501, 502–503 (1920); *Bazemore v. Savannah Hospital*, 171 Ga. 257, 155 Pa. 194, 195 etc. (1930); *Griffin v. Medical Society etc.*, 7 Misc. 2d 549, 550 etc. (1939).

⁹³ For the matter of brevity, see, for instance John D.R. Craig, *Invasion of Privacy and Charter Values: The Common-Law Tort Awakens*, 42 McGill L. J. 355, 361-etc. (1997).

⁹⁴ For an able discussion on recognition and non-recognition of right to privacy in Canada upon various doctrines, see. *Jones v. Tsige*, 108 O.R. (3d) 241 (2012).

⁹⁵ See. e.g. *Attorney General for Quebec v. Rene Begin*, [1955] S.C.R. 593, 595–596 (per Kerwin, C.J.) and authorities cited therein; *Hunter et al. v. Southam, Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, 158–160; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417, 431–436.

⁹⁶ See e.g. *Davis v. McArthur*, 17 D.L.R. (3d) 760, 762–764.

⁹⁷ See. *Aubry v. Vice-Versa Ltd.* [1998] 1 S.C.R. 591 para. 6–8. Basically the same was the interpretation of such distinction in *R v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417, 425–429. At page 428–429, the Court held that the other side of privacy must deal with body integrity and sensitive information concerning the plaintiff, which lies in an action for an ordinary privacy violation.

⁹⁸ E.g. *Cordell v. Detective Publications Inc.*, 419 F. 2d 989, 990 (1969). There, the Court said: "The term right of privacy is imprecise, because this beguiling expression has been used to designate many different rights of varying importance, from the Fourth Amendment freedom from arbitrary searches and seizures [...] to the right not to have one's name bruited about in gossip columns".

⁹⁹ [1988] 2 S.C.R. 417, 428–429; 436.

¹⁰⁰ The term "quasi-recognition" refers to a case where the court dealt with an action for alleged privacy violation but the suit was adjudicated on basis of libel, breach of contract, duty or confidence and other commonly known torts. Such concept was quite popular among American lawyers of the early and mid-20th century, see. John A. Callahan, *Torts – Right of Privacy – Unauthorized Radio Dramatization of Shooting*, 24 Marq. L. Rev. 170, 171 (1940). The American cases represented by Mr. Callahan were adjudicated on basis of breach of implied contract, nuisance or an unnamed "personal right" with an apparent implication on the right to privacy. The same view is shared by Mr. Simon in his article on the American common law legacy of actions for unauthorized use of photos, see. Charles Simon, *Torts – Invasion of Privacy – Unauthorized Use of Photograph*, 16 De Paul L. Rev. 255, 257 (1966). See also the passage in *Eick v. Perk Dog Food Co.*, 106 N.E. 2d 742, 347 Ill. App. 293, 299–301 (1952) concerning quasi-recognitions of right to privacy and cases cited therein. It should be denoted that these quasi-recognitions only seem to be outdated since courts in commonwealths which do not recognize a privacy tort still dispose such doctrines. For instance, in the Canadian case of *Saccone v. Orr*, 34 O.R. (2d) 317 (1981) the distinction of right to privacy from proprietary rights was reviewed. In England, where the privacy tort was still not recognized, these "quasi-recognitions" are still in fashion. For instance, in *Francome et al. v. Mirror Group Newspapers Ltd.* [1985] 1 W.L.R. 892, at. 894–895 the invasion of privacy by means of wiretapping was rendered as a trespass. In New Zealand, in *Bradley v. Wingnut Films Limited*, [1994] E.M.L.R. 195, 196–198, 201; 207–208, where a film and a newspaper article featuring a cemetery scene displayed plaintiff's grave lot with his deceased relative's names, plaintiff filed an action with a multitude of causes based on classic torts as well as invasion of privacy. The inadequacy of treating a privacy invasion by other torts, as defamation was decently reviewed by the Court. Despite the Court recognized the privacy tort may exist in New Zealand, plaintiff didn't manage to maintain the action upon the facts stated (see p. 207–208). In Australia, in *Church of Scientology v. Woodward*, [1982] H.C.A. 78, 154 C.L.R. 25 (1982), at p. 68, Mr. J. Murphy said: "If any of its [ASIO] officers acts in bad faith, uses his or her office or powers for extraneous purposes

(for example private, domestic, or partly political) or acts without due regard to those affected, then the officer is liable for misuse of office or power. Remedies may be in the traditional tort claims such as assault, trespass and defamation and the developing torts such as unjustified invasion of privacy, and outrage, or statutory remedies". Upon the abovesaid, the role of such quasi-recognitions is quite gross even nowadays in a number of commonwealth states.

¹⁰¹ *Cordingly v. Nield*, 24 Can. L. Jur. 204, 207–208 (1874).

¹⁰² *Wolfenden v. Giles*, 2 B.C.R. 279, para. 17–21 (1892).

¹⁰³ In Canada, the most outstanding vintage case was *Miner v. Canadian Pacific Railway*, 15 West L.R. 476, 3 Alb. 408, 413–415; 2 A.R.C. 1169, 1172–1173 (1911). There, the mother of a deceased young man negotiated to transport the casket with a suitcase with mourning clothes and it was erroneously taken off the train and so arrived with a delay which compelled the family to purchase new clothes and rearrange the meetings and the funeral. The Court [per Beck, J] recognized a property right in a corpse in the sense of duty to take care for it and found for plaintiff. The action was filed for negligence. See also: *Edmonds v. Armstrong Funeral Home Ltd.*, 1 D.L.R. 676 (1931); *Saleh v. Reihert*, 50 E.T.R. 143, 104 D.L.R. (4th) 384 (1993); *Bastien v. Ottawa Hospital*, 56 O.R. (3d) 397 (2001).

¹⁰⁴ *Phillips v. Montreal General Hospital*, 6 E.L.R. 477 (1908).

¹⁰⁵ See such view described in: David A. Cornfield, *The Right to Privacy in Canada*, 25 Fac. L. Rev. 103, 107–109 (1967); Harry J. Glasbeek, *Outraged Dignity – Do We Need A New Tort*, 6 Alta. L. Rev. 77, 84–85 (1968); Pierre Patenaude, *The Evolution of Right of Privacy in Quebec*, 6 Man. L. J. 283, 284–285 (1974).

¹⁰⁶ On the “extended” nature of pass-off tort as well as a brief discussion on several Canadian cases, see e.g. St. Michael Hylton and Peter Goldson, *The New Tort of Appropriation of Personality: Protecting Bob Marley’s Face*, 55 Camb. L. J. 56, 58, 61–62 (1996).

¹⁰⁷ *Racine v. C.J.R.C. Radio Capitale Ltée*, 80 D.L.R. (3d) 441 (1977); *Dowell v. Mengen Institute*, 72 C.P.R. (3d) 238 (1983).

¹⁰⁸ *Davis v. McArthur*, 17 D.L.R. (3d) 760, 763–764; *Saccone v. Orr*, 34 O.R. (2d) 317, 319–322 (1981).

¹⁰⁹ *Motherwell v. Motherwell*, 73 D.L.R. (3d) 62 (1976).

¹¹⁰ See, for instance, *Robbins v. Canadian Broadcasting Corp.*, 12 D.L.R. 35, 45 (1956).

¹¹¹ See. Robert G. Howell, *Publicity Rights in the Common Law Provinces of Canada*, 18 Loy. L. A. Ent. L. Rev. 487, 491–493 (1998).

¹¹² See, for instance, *Henderson v. Radio Corp.* [1969] R.P.C. 218, at 237–238 [per Manning, J.]

¹¹³ [1969] R.P.C. 217, at. 237 [per Manning, J.]

¹¹⁴ [1971] 5 C.P.R. (2d) 20.

¹¹⁵ *Tolley v. J.S. Fry & Sons Ltd.*, [1931] A.C. 333, 337 etc.; *Sim v. H.J. Heinz Ltd.*, [1959] 1 W.L.R. 313, 315–316; 319–320.

¹¹⁶ *Cornfield*, supra at. p. 108–109 and *Howell*, supra, at. 491–492. Upon Cornfield’s reference, I can make a corollary that the “French” routes which are alleged to be incorporated into Canadian cases on the subject, seem to be displayed by the factor of admitting defendant’s fault in one way or another without designating an actual tort name, if such are disposed within the proceedings in French courts at all. Cornfield addressed this thesis towards the case of *Robbins v. Canadian Broadcasting Corporation*, 12 D.L.R. 35, at p. 40–42; 45 (1956), plaintiff, an elderly physician wrote a letter of complaint on a scandalous tabloid and was revenged by the dictator who announced plaintiff’s telephone and address within the air which made the spectators call and annoy the doctor, who later sued the TV company and managed to recover. Despite he claimed an invasion of privacy, the Court found his claim to be actionable upon the Civil Code statute enacting liability of the master for his servant’s faults. This decision would look more like a recovery based on negligence. However, rendering privacy violation as a sort of negligence could hardly apply to a case with circumstances different from it. What as to the French law, this case seemingly had somewhat similar to early French decisions concerning the right to privacy, see. e.g. F. P. Walton, *The Comparative Law of The Right to Privacy*, 47 L.Q. Rev. 219, 221–226 (1931). In fact, France is not a common law country and the cases do not constitute a major body of law, but certainly they are a body of law in this state. As of Walton, even in the late 19th and early 20th century this country possessed a substantial number of cases to form a “common law” right to privacy. Unfortunately, a part of them are hard to be found and examined. Some outstanding French cases include *Dumas c. Liebert*, S 1868 II 41, 13 A.P.I.A.L. 247 (1868) [unauthorized use of photo]; *Bonnet c. Société Olibet*, Trib comm. Seine (1882) [unauthorized reproduction of portrait]; *The Dreyfus Case*, Trib Civ. De Lyon 15 Dec. 1896, Dallez. Petr. 97, 2 page 74 [a Jewish citizen sues a Lyon bookseller for publishing a 1886 book containing the list of Jews of the city and recovers upon recognizing a property right in his name]; *Cheval c. L. Ch.*, Cour. D’Appel de Grenoble, 1 Mar. 1907, Jour. De la Cour de Grenoble, p. 151 [unauthorized use of photo]; *Hallez et al. c. Monpezat*, [1932] Gaz. Pal. 2, page. 739 [plaintiffs were put into a story depicting their conduct, recovery based on moral damages which is a French analogue of American “mental suffering”]; *Dietrich c. Société France-Dimanche*, Cour d’Appel Paris, D. 1955, page 255 [unauthorized publication of memoirs displaying plaintiff’s conduct, biography and habits, judgment for plaintiff]. Mr. Wagner represented some more interesting French cases, see generally, W. J. Wagner, *Photograph and Right to Privacy: The French and American Approaches*, 25 The Catholic Lawyer 195 (1980). Some respect to the French cases was also paid by Mr. Weeks, see. James K. Weeks, *Comparative Law of Privacy*, 12 Clev-Marshall L. Rev. 484, 495–499 (1963). Upon the cases given by Mr. Walton, Mr. Wagner and Mr. Weeks as well as the cases cited herein, it would be intelligible to say that the French case law in respect to privacy should never be underestimated only by the fact France belongs to the Continental legal system. As of Mr. Weeks’s analysis, the rules announced in early 20th century cases in France could be comparable to American ones (Weeks, at p. 497). And in fact, it would be strange if this right to privacy hadn’t developed in France, as the number of lawsuits concerning photography in France since 1851 was literally enormous and counted dozens of cases in the 19th and early 20th century, some of which were suits for unauthorized use of photographs where plaintiff was the depicted person, see. Christiane Derobert-Ratel, *Les Premier Debats Historiques sur la Contrefaçon Photographique*, Conference at Sud Toulon-Var University, (pub. 2009).

¹¹⁷ See. *In Re Conroy*, 486 A.2d. 1209, 1222–1223; 1227–1228 (1985). It is notable that, at page 1228, the Court tied the patient’s autonomy in a complicated concept of “the right to die” with the common law right to privacy as well. On the “body privacy” concept, see, for instance, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153–154 (1973), [Per White, J.]

¹¹⁸ See *Eichner v. Dillon*, 73 A.D. 2d 431, 456–462; 465–466 (1980). Please note that the fashion to recognize “the right to die” (I mean not as a derivative of right to privacy, but the right as such) is not the same as in New York in other US states and other commonwealths.

¹¹⁹ *Matter of Quinlan*, 70 N.J. 10, 39–40; 355 A.2d 647, 663 (1971).

¹²⁰ See., for instance Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 373 Mass. 728, 739–742 (1977). Here’s what the Court said concerning the issue: “*The constitutional right to privacy, as we conceive it, is an expression of the sanctity of individual free choice and self-determination as fundamental constituents of life. The value of life as so perceived is lessened not by a decision to refuse treatment, but by the failure to allow a competent human being the right of choice*” (at. p. 742).

¹²¹ [1974] 1 I.R. 284, 313–314.

¹²² [2002] ECHR 2346/02, para. 17–18 and 23. In this case, the European Court repeatedly referred to the Canadian case of *Rodriguez v. Attorney General of Canada*, [1994] 2 L.R.C. 136 and the Canadian Constitution.

¹²³ [2010] 302/02, para. 136.

¹²⁴ [2010] 25579/05, para. 167, 212–215.

¹²⁵ [2010] 45076/05, para. 69.

¹²⁶ See *Gaskin v. United Kingdom*, [1989] 10454/83, para. 34–49; see also comment in Dermot Feenan, *Common Law Access to Medical Records*, 59 Mod. L. Rev. 101, 104–105 (1996). As in the case of abortions and decision-making, the denial of access was also found to be a breach of privacy.

¹²⁷ [2016] No. 2324/2013, para. 3.5–3.6.

¹²⁸ Some commentators tend to believe that the Australian right to privacy, if it exists as such, has got relatively recent origin, see. Des Butler, *A Tort of Invasion of Privacy in Australia?*, 29 Melb. U. L. Rev. 339, 357–365 (2005). In fact, even in spite of a small legacy on the subject, I would name the following cases which may constitute the core of a privacy tort, namely: *Doodeward v. Spence*, 7 S.R. (N.S.W.) 727; 9 S.R. (N.S.W.) 107; 6 C.L.R. 406 (1907–1908) [retention of a dead deformed child’s corpse in a jar and it’s public exhibition]; *Rofe v. Smith’s Newspaper Ltd*, 25 S.R. (N.S.W.) 4 (1924) [disclosure of facts on a “philanthropist’s” machinations with charity payments]; *Henderson v. Radio Corp.* [1969] R.P.C. 218 [appropriation of dancer’s likeness to advertise vinyl records]; *Commonwealth v. John Fairfax & Sons Ltd.*, [1980] H.C.A. 44 [prohibition of book sale containing highly confidential “national security” information]; *Church of Scientology v. Woodward*, [1982] H.C. 78 [wiretapping of plaintiff corporations’ communications by a governmental intelligence agency].

¹²⁹ See *Goode v. Nash*, 21 S.A.S.R. 419, 422–423 (1979); *F. v. R.*, 29 S.A.S.R. 437, 440–442 (1982) *Gover v. State of South Australia etc.*, 39 S.A.S.R. 543, 546 etc. (1985); *E v. Australian Red Cross Society*, 27 F.C.R. 310; 99 C.L.R. 601, para. 193–195 (1991); *Rogers v. Whitaker*, 175 C.L.R. 479, 482–484; 487–488 (1992); *Young v. The Northern Territory of Australia*, 107 F.L.R. 264, 268–271 (1992).

¹³⁰ For instance, such view was expressed in Mrs. McLean’s treatise on the informed consent doctrine evolvement in New Zealand, see. Kathryn McLean, *Children and Competence to Consent: Gillick Guiding Medical Treatment in New Zealand*, 31 V.U.W. L. Rev. 551 (2000). However, I do not really comprehend for which reason the author disposed the case of *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority etc.*, [1986] A.C. 112 as a principal authority for the doctrine whereas similar cases on a minor’s consent received more coverage in the United States, see. *Suver et al. v. Commonwealth*, 254 S.W. (2d) 474, 476–477 (1953); *Smith v. Seibly*, 72 Wash 2d. 16, 431 Pa. 2d 719, 722–723 (1967); *Younts v. St. Francis Hospital*, 205 Kan. 292, 469 Pa. 2d 330 (1970); *Muhlenberg Hospital v. Patterson*, 128 N.J. Super.498, 500–503 (1974); *Carter v. Cangelo*, 105 Cal. App. 3d 348, 350–351 (1980); *Kozup v. Georgetown University*, 851 F 2d 437, 439 (1988); *Bendiburg v. Dempsey*, 909 F. (2d) 463, 467–468 (1990). Please note that the cases cited hereinabove were selected upon the pre-2000 scale since Mrs. McLean’s treatise was published that year. What is more important, the *Gillick* case was overruled in England quite long ago and even a partially negative treatment of the opinion may cast negative light on its authority. Further, at p. 255 the author contends that New Zealand didn’t have any cases to be referred to and discusses whether *Gillick* is applicable to New Zealand common law. In fact, this is not correct to say New Zealand had never faced the informed consent doctrine: the case of *Smith v. Auckland Area Health Board*, [1965] N.Z.L.R. 191 is directly on the subject. In that case, plaintiff, an elderly man was suspected an aortic aneurysm and was offered to undergo an examination which involved injecting a special dye within the aortagram; the procedure caused the blood flow in plaintiff’s leg to be suppressed leaving him without the leg in the output. Before this examination, his treating physician assured that the procedure would not be hazardous and didn’t warn him on the possible negative consequences. Since plaintiff was preliminarily told he would be fine in a couple of days he apparently consented to the procedure. The plaintiff subsequently sued for negligence and managed to recover. Upon the case I described above it would be erroneous to say that the New Zealand’s common law has completely no legacy on the subject to be referred to. What is more, I cannot really conceive for what reason the *Gillick* case is the only authority to be relied on. Neither *Gillick*, nor, for instance, *Kozup* cases are a body of New Zealand’s common law, but nothing inhibits disposing all of the said cases as authorities. Moreover, *Auckland Area Health Board* seems to be suitable for a principal informed consent case. Therefore, I would say such a position is quite obscure.

¹³¹ See the following: *Tucker v. News Media Ownership Ltd.* [1986] 2 N.Z.L.R. 176; *Hosking v. Runting* [2004] N.Z.C.A. 34. An able discussion on the right to privacy in New Zealand could be found in *Bradley v. Wingnut Films Ltd.* [1994] E.M.L.R. 195, at p. 206–210 [per Gallen, J.] as well as the headnote, p. 197–198.

¹³² See also: *Moore v Regents of University of California*, 793 P.2d. 479; 51 Cal. 3d 120, 129–132 (Cal. 1990).

¹³³ *McInerney v. MacDonald*, [1992] S.C.R. 138, 148; 150.

¹³⁴ BVerfGE 39, 1, p. 42–44 (1974).

¹³⁵ See e.g. *Mitchell & Another v. Homfray*, [1882] 8 Q.B.D. 587, 589; *Hopper*, supra at. 74–76.

¹³⁶ *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R. 141, 155–157 *Henderson v. Johnston* [1956] O.R. 789, para. 32; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, 202.

¹³⁷ See. e.g. *Cardin v. The City of Montreal et. al.*, [1961] S.C.R. 655, 658.

¹³⁸ Ellen Picard, *Consent to Medical Treatment in Canada*, 19 Osgood Hall L. J. 140, 141 (1981).

¹³⁹ See. e.g. *Dendaas (Tylor) v. Yackel*, [1980] W.W.R. 272, para. 25.

¹⁴⁰ *Marshall v. Curry*, [1933] 3 D.L.R. 260, 272–275 [per Chrisholm, C.J].

¹⁴¹ Reported in 5 Rev. de Jur 74, 75–76 (1899).

¹⁴² *Parnell v. Springe*, 5 Rev de Jur 74, 76 (1899); see also comment in *Marshall v. Curry*, [1933] 3 D.L.R. 260, 273.

¹⁴³ *Bennan v. Parsonnet*, 83 N.J.L.R. 20; 83 A. 948, 949–950 (1912).

¹⁴⁴ 68 S.C. 155, 32.5 C.M. Ass. J. 581 (1930).

¹⁴⁵ *Caron v. Gagnon*, 68 S.C. 155, para. 1–3 (1930).

¹⁴⁶ [1958] S.C. 152, 13 D.L.R. (3d) 35, 39 [per W.B. Scott, Assoc. C. J].

¹⁴⁷ *Beausoleil v. Soeurs de la Charite*, 53 D.L.R. (2d) 65, 83 (1964).

¹⁴⁸ See. *Caron v. Gagnon*, 68 S.C. 155, para. 61.

¹⁴⁹ See. *Nathanson v. Kline*, 185 Kan. 393, 405–407 (1960). In fact, this case was observed by the Kansas Supreme Court as the counsel for defendants used it for defense. Moreover, the Kansas Supreme Court [per Shroeder, J] paid additional attention on the trial court decision, *Kenny v. Lockwood Clinic Ltd.* [1931], 4 D.L.R. 906, where the learned judge found the duty to inform the patient on

all potential hazards to be a fiduciary one which actually equaled the “informed consent” doctrine arising in the United States in the late 1950s. See additionally: *Halushka v. University of Saskatchewan*, 53 D.L.R. 2d 436 (1965), para. 27.

¹⁵⁰ See. *Halushka v. University of Saskatchewan*, 53 D.L.R. (2d) 432 (1965), para. 26–29.

¹⁵¹ See. Susan M.J. Chafe, *Legal Obligation of Physicians to Disclose Information to Patients*, [1991] Can. Med. Assoc. J. 681, 682 (1991).

¹⁵² At least two cases came along to such view, namely *Schinz v. Dickinson*, 31 C.C.L.T. 313, para. 6–13; 20–24 (1984) *DeFerrari v. Neville*, 42 C.C.L.T. (2d) 327, para. 11; 20–24; 29–31 (1995). As of the Schinz decision, at para. 24, the *Reibl v. Hughes* principle of overall disclosure would not be applicable in dentistry as it is not so “dramatic” as surgery and the disclosure has to be made in case the negative consequences are presupposed to be of real danger. Such view, as I mentioned in the passage upwards is definitely not uniform but is worth a reference.

¹⁵³ Against this view go *Diack v. Bardsley*, 25 C.C.L.T. 159 (1983); *Stewart v. Ross*, 64 Sask. R. 271, Q.B.No.4226.A.D.1986 (1986). The cases for and against, see the latter note supra, all were actions for negligence in dentistry for non-disclosing the risks of treatment resulting in a paraesthesia.

¹⁵⁴ [1980] 2 S.C.R. 192, 204. Here’s what the Court said: “*Kenny v. Lockwood is important as much for what it portended as for what it actually decided. It indicated that a surgeon who recommends an operation which involves known risks, that is probable risks, or special or unusual risks, is under an obligation to his patient to disclose those risks and, if he fails to do so, and injury results from one of the undisclosed or not fully disclosed risks, the patient’s consent to the operation will be held to be not an informed consent, although the operation itself was competently performed.*”

¹⁵⁵ 60 C.C.C. 136, [1933] 3 D.L.R. 260.

¹⁵⁶ *Ibid*, at p. 261–262; 263–265.

¹⁵⁷ E.g. see comment in 1 Kinkaid on Torts, section 374–375.

¹⁵⁸ In fact, though the case was not issued in regular reports, it was published in 6 Trans. in Med. L. Soc. 132 (1909). The said report gives a full reflection on what was the subject of the action and what was the decision. The case was briefly reviewed in 44 Cent L.J. 153 and [1896] BMJ 1525 (dated 21 Nov. 1896). It may be claimed that British medicine might have known consent much earlier: [1842] BMJ 427, “*Case of successful Amputation in Spreading Gangrene from Gun-Shot Wound*” (in fact, the common law had at least one specimen of such legacy, see. *Latter v. Braddell*, 50 L.J.Q.B. 448 (1881)) However, after having considered the medical case referred to in the 1842 issue I would not find myself to be confident to claim that the type of consent which was mentioned therein is the one we’re discussing here and moreover nothing hints the said medical case anticipated a lawsuit. In fact, we, lawyers may comprehend consent and it’s nature not in the same way as our medical colleagues do. For instance, see. Gerald B. Robertson, *Informed Consent in Canada: An Empirical Study*, 22 Osgoode Hall. L. J. 139 (1984).

¹⁵⁹ See. 37 Chicago Leg. N. 213 (first brief report); and 118 Ill. App. 162, at p. 174–177 (1905), original report.

¹⁶⁰ See. *Marshall v. Curry*, [1933] 3 D.L.R. 260, 274–276.

¹⁶¹ *Winn et al. v. Alexander et. al*, [1940] D.L.R. 778, 779–781.

¹⁶² See *Lavere v. Smith’s Falls Public Hospital*, 26 D.L.R. 346, 360–362 (1915) [per Riddell, J.]; and cases cited in note 44 supra.

¹⁶³ *Murray v. McMurphy*, [1949] 2 D.L.R. 442, 444–445 [per McFarlane, J.].

¹⁶⁴ *Yule v. Parmley*, [1944] 4 D.L.R. 46, 47–48; see appeal, *Yule v. Parmley & Parmley*, [1945] 2 D.L.R. 316, 331.

¹⁶⁵ See. [1933] 3 D.L.R. 260, at p. 272 or 60 Can. C. C. 136, at p. 148–149. Practically, the Court in *Marshall* adopted the *Schloendorff* rule on consent (not to be confused by “*Schloendorff rule*” on charity body non-liability for the negligence of their employees, referred as “independent contractors”, see. *Bing v. Thunig*, 2 N.Y. 2d 656, 662–667 (1957).

¹⁶⁶ *Yule v. Parmley & Parmley*, [1945] 2 D.L.R. 316, 332–334.

¹⁶⁷ *Parmley v. Parmley & Another*, [1945] S.C.R. 635, 645–646.

¹⁶⁸ [1985] A.C. 871; [1985] U.K.H.L. 1,6.

¹⁶⁹ [1980] 2 S.C.R. 880, 896–898 etc.

¹⁷⁰ *Picard*, supra at. 140–141.

¹⁷¹ *Crits & Crits v. Sylvester*, [1956] O.R. 132.

¹⁷² *Sylvester v. Crits et al.*, [1956] S.C.R. 991, 992–995.

¹⁷³ *Ibid*, at page 996–997.

¹⁷⁴ See *Walton*, supra at p. 220–221; *Weeks*, supra at p. 495–497. The same “tort” principle applied in cases on the alleged privacy breach in France. The fault had to be proven by extensive (or at least existing and firm) evidence, and the “tort” didn’t have an exact name to be sued for. However, it would be wrong to say that French courts never use preceding cases or dicta as authorities, see, *Cheval c. L. Ch.*, Cour. D’Appel de Grenoble, 1 Mar. 1907, Jour. De la Cour de Grenoble, at p. 151–154. In that case, the Court cited a number of earlier decisions and legal literature. See additionally, Percy H. Winfield, *The Law of The Right to Privacy*, 47 L.R.Q. 23, 38 (1931). Despite Winfield invoked more attention on English, and to some extent American privacy cases, he examined more obscure specimen, such as the right to privacy in India and South Africa which possess a common law legal system, and the cases indeed contain a great research (as well as reader) interest. At p. 37–39 he briefly mentions France, but more in respect to freedom of press restrictions seemingly imposed by older French laws. For more details on sources of French cases, see note 101 supra.

¹⁷⁵ 53 D.L.R. (2d) 65, 66–67 (1964).

¹⁷⁶ It is the same general rule as it is in the United States. I guess we’ve discussed enough in *Bennan v. Parsonnet*, 83 N.J.L.R. 20; 83 A. 948, 949–950 (1912) not to cite a giant list of American cases declaring the same rule.

¹⁷⁷ See. *Cardin v. City of Montreal*, 29 D.L.R. (2d) 492, [1961] S.C.R. 655, 657–659. There, the physician and municipality were held jointly and severally liable for being unable to remove a large needle from a boy’s arm which was stuck in it as a result of a casualty when the infant swerved the arm being frightened of vaccination.

¹⁷⁸ Herein we could recall *Bolam*, but there were no direct or indirect references to it; but Dr. Lamoureux’s evidence makes me to draw a parallel with the said case, where the defendant physician emphasized that to take a patient’s consent before commencing some treatment was a kind of custom for him and others he had known of his profession, see. *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 1 W.L.R. 582, 588–591. Upon the said suggestion we may make a corollary that the consent and warning the patient on the possible negative consequences of the treatment could have been a sort of “protocol duty” of doctors. In *Cobbs v. Grant*, at page 243 the Court says: “*This defendant and the majority of courts have related the duty to the custom of physicians practicing in the community*” and cites a number of cases where defendants said on cross-examination that it was a sort of custom for them. In *Reibl v. Hugh-*

es appeal, 21 O.R. (2d) 14 (1978) the defendant, upon his evidence revealed he had always explained the risks to his patients and conducted rather long talks on what he was going to perform, quote: “*The general practice is that you do your best to advise the patient of the risks involved in a procedure, particularly associated with the central nervous system because the effects can be as we see them*”. He ascertained that it was a stable practice to do so among his colleagues. Thus it seems not to explicitly derive from a legal case like those we’re discussing in the paper. In fact, *Robertson*, supra, at. p. 143-onward, conducted a questionnaire to over a thousand of surgeons of whether they heard of *Reibl v. Hughes* and how did it impact their attitude towards informing patients of potential risks and hazards of future treatment; the result was too divergent to write it in detail, but in general far not all of the respondents knew of the case. From this treatise, it is unclear of whether 1) physicians informed their patients on the risks being afraid of being sued on basis of the *Reibl v. Hughes* decision; 2) they used to inform their patients in such mode for a long time and it was a custom – the same as was referred in *Bolam* upwards, at p. 588 etc.; 3) they had enough knowledge of the informed consent doctrine from American cases, as *Salgo*, *Nathanson* etc. – basically any court decision invoking informed consent, see practitioner’s collection at 76 A.L.R. 4th 511 (1989). The given survey does not give the response to such inquiry. What could be also outstanding in the survey, is the fact that a relatively large number of surgeons were unaware of the *Reibl v. Hughes* decision and seemingly did not use the informed consent in theirs, I would better say, *medical practice*. Could the triad of cases against *Mr. Ringrose*, *Colp*, *Cryderman* and *Zimmer* have been influenced by the fact that the gynecologist who made several sterilization procedures with a non-approved, dangerous method and never warned his patients on their consequences, was simply unaware of the informed consent rule or was neglecting to follow it. Though this query may be rhetoric, the suits were all lost: see *Zimmer v. Ringrose*, 89 D.L.R. 3d 646, 658 (1978).

¹⁷⁹ 53 D.L.R. (2d) 65, 73–77 (1964).

¹⁸⁰ *Ibid*, at p. 79–83.

¹⁸¹ *Halushka v. University of Saskatchewan*, 53 D.L.R. (2d) 436, para. 1–6 (1965).

¹⁸² *Ibid*, para. 12–23.

¹⁸³ What is more interesting, the docket, 52 W.W.R. (ns) 508, features a re-typed notification of plaintiff’s consent to the experiment. The “consent form” featured a passage that Walter was explained what were the examiners desiring to do, but nothing went as to the possible risks on his health.

¹⁸⁴ Namely, *Nathanson v. Cline*, 185 Kan. 393, 407–411 (1960), with reference to *Salgo*; *Mitchell v. Robinson*, 334 S.W. (2d) 11, 17–19 (Miss. Supr. Ct., 1960).

¹⁸⁵ *Halushka v. University of Saskatchewan*, 53 D.L.R. (2d) 436, para. 1–6 (1965).

¹⁸⁶ *Koehler v. Cook*, 65 D.L.R. (3d) 765, 766–767 (1976).

¹⁸⁷ *Martel v. Hotel Dieu St-Vallier / Vigneault c. Martel*, [1969] S.C.R. 745, 747–748.

¹⁸⁸ *Ibid*, at. p. 752–753.

¹⁸⁹ *Ibid*, at. p. 753–756.

¹⁹⁰ *Halushka v. University of Saskatchewan*, 53 D.L.R. (2d) 436, para. 1–6 (1965); *Dendaas (Tylor) v. Yackel*, [1980] 109 D.L.R. (3d) 455, para. 31.

¹⁹¹ See e.g. *Cataford v. Moreau*, 114 D.L.R. 585 (1978). There, a woman, like in *Zimmer v. Ringrose*, 89 D.L.R. (3d) 646 (1978), decided to undergo sterilization and after the procedure became pregnant again, and filed an action against the physician for this. The issue of consent was only as to the fact she consented to the procedure and so sued for negligence winning over the suit. In *Zimmer* the situation was quite different, as the woman which was undergoing sterilization received a number of complexifications on her health, see *Zimmer* decision at. p. 653 etc. Same could be found in *Male v. Hopmans*, [1966] 1 O.R. 647, 650–652.

¹⁹² The main idea here was to determine, was the conjectural damage foreseeable, see, *Beausoleil v. Sisters etc.*, 53 D.L.R. (2d) 65, 70–73 (1964); *Zimmer v. Ringrose*, 89 D.L.R. (3d) 646, 650–651 (1978); in *McLean v. Weir*, 18 B.C.L.R. 325 (1980) the rarity of such cases which the physicians seemingly found immaterial to be disclosed served as a very good defense for them. As I proceed further, the Wellington Court of appeal in *Smith v. Auckland Area Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191 came to an absolutely reverse conclusion.

¹⁹³ *Halushka v. University of Saskatchewan*, 53 D.L.R. (2d) 436, para. 2 (1965); see also *Male v. Hopmans*, [1966] 1 D.L.R. 647, 650.

¹⁹⁴ *Male v. Hopmans*, [1966] 1 D.L.R. 647, 650–652.

¹⁹⁵ [1965] N.Z.L.R. 191; see note 114 *supra*. The case was also discussed in 6 Univ. Tas. L. Rev. 313, 313–315 (1966) (by P. Griffiths). It was also cited in various commonwealth state courts in cases dealing with informed consent, see, e.g. *Zimmer*, *infra* at. p. 653.

¹⁹⁶ See the facts of *Salgo v. Leland Stanford etc. Board of Trustees*, 154 Cal. App. 2d 560, 564–568 (1957).

¹⁹⁷ *McLean v. Weir*, 18 B.C.L.R. 325 (1980), para. 1–4; 8–10.

¹⁹⁸ *Ibid*, para. 21.

¹⁹⁹ *Smith v. Auckland Area Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191, 196–197. This New Zealand case, being fairly known, seemingly made a furor in various commonwealths being repeatedly cited and appraised. Even in Canada, it was well treated, see in particular *Zimmer v. Ringrose*, 89 D.L.R. (3d) 646, 653 (1978); *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, 201. The issue of an unauthorized angiogram without fulfilling the duty to warn was observed in a more recent Scottish case of *Moyes v. Lothian Health Board*, [1990] S.L.T. 444. There, a patient suffered an insult as a result of an angiogram and the Court of Sessions’ Outer House found it was the duty of physicians to warn on basically any negative consequences of the procedure.

²⁰⁰ See. e.g. *DeFerrari v. Neville*, 42 C.C.L.T. (2d) 327, para. 11; 20–24; 29–31 (1995).

²⁰¹ See. 126 F.2d 121, 122–123 (1941). This case was not cited by the Ontario court but the principle was entirely the same.

²⁰² *Johnston v. Wellesley Hospital*, [1971] 2 O.R. 103, 105 etc.

²⁰³ *Zimmer v. Ringrose*, 89 D.L.R. (3d) 646, 648–650 (1978).

²⁰⁴ See. *Kelly v. Hazlett*, [1976] C.C.L.T. 1, page 23; 26–28; see additionally on the issue in United States: *Cobbs v. Grant*, 8 Cal. 3d 227, 239–241 (1973). Upon the distinction between battery and negligence the following has to be stated. The rendering is way not uniform and may vary from a number of reasons, namely 1) the statute of limitations for negligence and battery; 2) existence of a definite custom in rendering such acts as a battery or negligence, as depicted in California.

²⁰⁵ 8 Cal. 3d 227, 241 (1973). The Court refers to *Natanson v. Kline*, 350 P.2d 1093, 186 Kan. 393 (1960). At page 411 the Court said: “*The primary basis of liability in a malpractice action is the deviation from the standard of conduct of a reasonable and prudent medical doctor of the same school of practice as the defendant under similar circumstances. Under such standard the patient is properly protected by the medical profession’s own recognition of its obligations to maintain its standards*”. See also *Chatterton v. Gerson*,

[1981] 1 Q.B. 432, 442–443; in that case, Bristow, J., dismissed the action based on trespass to person stating that the physician's failure to obtain the intelligent consent is a cause of action for negligence, see in detail at p. 443–445. The Court in *Reibl v. Hughes* dismissed the claim on battery and put it upon the theory of negligence as well, *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, 889–892. As I've previously mentioned the US courts do not uniformly accept such approach: what is the fashion in states of California, Missouri (leading opinion: *Aiken v. Clary*, 396 S.W. 2d 668, 673–674 (1965)); or Kansas won't be the elsewhere the same. For instance, in *Fogal v. Genesee Hospital*, 41 Atl. 2d. 468 (1974), see particularly at p. 471 to 473, where plaintiff's wife was severely injured (six years later died but from causes unrelated to the trial) owing to a misuse of hypothermic blankets which overcooled her body during a surgery. The action was filed for battery and adjudicated on this ground. Even in cases in respect with chiropractic casualties, courts preferred to adjudicate them not on the theory of battery but rather of negligence: *Jones v. Malloy*, 226 Neb. 559, 564 (1987).

²⁰⁶ One of the leading cases in medical negligence upon this subject in Canada is *Vancouver General Hospital v. McDaniel*, [1934] 4 D.L.R. 593. There, a woman sued the hospital for being contracted with smallpox (though it was not stated directly, she seemingly had successfully recovered) within the treatment from diphtheria as being placed in the infirmary where smallpox patients were maintained. However, the hospital managed to win over the suit proving there was no negligence on their part and the practices they applied were well established.

²⁰⁷ Originally, *Colp v. Ringrose*, Alta S.C. No. 84474, 1976 (unreported), but reported in 3 L. Med. Quarterly (Alta.) 72 (1979) [Per Lieberman, J]. That case facts didn't substantially vary from other Ringrose trials. There a woman desiring sterilization applied to him but the physician disposing the said experimental method, didn't reveal she could become pregnant again what actually happen. Decision was for plaintiff.

²⁰⁸ *Cryderman v. Ringrose*, [1977] W.W.R. 109.

²⁰⁹ *Zimmer v. Ringrose*, 89 D.L.R. (3d) 646, 658 (1978).

²¹⁰ *Cryderman v. Ringrose*, [1977] W.W.R. 109, para. 1–13.

²¹¹ *Ibid*, para. 19–22.

²¹² See, for instance, S. M. Waddams, *Medical Experiments on Human Subjects*, 25 U.T. Fac. L. Rev. 25, 26–32 (1967). Apart from the informed consent issue and some historical overview, Waddams held quite an obscure discussion on the experiments on people in Nazi Germany as well as some issues of consent ethics.

²¹³ [1980] 5 W.W.R. 272, para. 21, etc. In that case, plaintiff managed to recover 7.500 Dollars damages.

²¹⁴ 29 S.A.S.R. 437, 440 (1982).

²¹⁵ See, for instance: *Morgenroth v. Pacific Medical Center, Inc.*, 54 Cal. App. 3d 521, 534 (1976).

²¹⁶ *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, 194–196.

²¹⁷ *Ibid*, at p. 195–196.

²¹⁸ 53 D.L.R. (2d) 436, 441–442 (1965).

²¹⁹ [1965] N.Z.L.R. 191, 193–194. Please note that in contrast to *Hopp v. Lepp*, the patient directly interrogated on the risks and possible harms of the angiogram and was told that he shouldn't be anxious as he "would be fine in three days".

²²⁰ 2 S.C.R. 192, 199–201.

²²¹ *Ibid*, at p. 202–203.

²²² *Ibid*, at p. 210–211.

²²³ *Ibid*, at p. 211–212. At this point, I would like to recall *Smith v. Auckland Area Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191 and make a small interlude. There, plaintiff was suffering from diabetes and went to an angiogram. The indecent dye made the blood vessels in his leg obliterate and as a result he lost the leg. But in fact, couldn't that happen as a complexification of diabetes? Such unhappy consequences are frequent among people suffering from this ailment. Or was it provoked by the faux dye? All in all, these questions were not revealed in the case report.

²²⁴ *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, 900–901; on appeal, 21 O.R. (2d) 14 (1978), first trial: 16 O.R. (2d) 306 (1977).

²²⁵ *Reibl v. Hughes*, 21 O.R. (2d) 14, 20–24 (1978).

²²⁶ *Reibl v. Hughes*, 21 O.R. (2d) 14, 28–32 (1978).

²²⁷ *Male v. Hopmans*, [1966] 1. O.R. 647, 650–653.

²²⁸ *Reibl v. Hughes*, 21 O.R. (2d) 14, 28–32 (1978).

²²⁹ *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, 925–929.

²³⁰ See p. 888–891 and Canadian cases upholding the cases for unauthorized surgery featuring an action for battery or trespass to person: *Marshall v. Curry*, [1933] 3 D.L.R. 260; *Mulloy v. Sang*, [1935] 1 W.W.R.; 714; *Winn v. Hospital*, etc., [1940] O.W.N. 238; *Schweizer v. Central Hospital et. al.*, [1975] 6 O.R. (2d) 606 (this case, by a French "tort" tradition was majorly based on proving the defendant's fault rather than having an actual discussion of informed consent doctrine as such, but still occasionally referred to it); *Dendaas v. Yackel*, [1980] 5 W.W.R. 272 (filed for battery but decided upon negligence).

²³¹ *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, 928–929.

²³² *Schitz v. Dickinson*, 31 C.C.L.T. 313 (1984).

²³³ *Diack v. Bardsley*, 25 C.C.L.T. 159 (1983); *Stewart v. Ross*, 64 Sask R. 271 (1988).

²³⁴ See, *Holmes v. Silver Cross Hospital of Joliet*, 340 F. Supp. 125, 129–130 (1972) and cases cited therein.

²³⁵ *Malette v. Shulman et al.*, 67 D.L.R. (4th) 321, 324–327.

²³⁶ *Ibid*, at p. 327–330; lower court decision, 63 O.R. (2d) 243, 268–273 (1987).

²³⁷ *Ibid*, at p. 333–337.

²³⁸ *In Re T (Adult: Refusal of Treatment)*, [1993] Fam. 95, 102–103; 112–116; the full facts, per *Donaldson, L.*, at p. 103–106.

²³⁹ See, *In Re T (A Minor)*, [1997] 1 W.L.R. 242 (parent appealing to withdraw medical treatment by liver transplantation); see other English cases on related subjects at p. 248–251.

²⁴⁰ *In Re J. (A Minor)* [1991] Fam. 33, 40–42.

²⁴¹ *Holmes v. Silver Cross Hospital of Joliet, Illinois*, 340 F. Supp. 125, 129–130; 132–136 (1972).

²⁴² See, *In Re Boyd*, 403 A (2d) 744, 748–750 (1979) and cases cited therein.

²⁴³ See, for instance, *Public Health Trust of Dade County v. Wons*, 541 So. (2d) 96, 97; 100–101 (1989). Seemingly, the primary construction of the said state interests was at best expounded in *Satz v. Perlmuller*, 362 So. (2d) 160, 162 (1978).

²⁴⁴ See, for instance, *John F. Kennedy Memorial Hospital v. Heston et.*, 58 N.J. 576, 279 A. (2d) 670, 672–673 (1971) [this case was repeatedly criticized thereafter]; see also.

245

²⁴⁶ *Application of President and Directors of Georgetown College, Inc.*, 331 F.2d 1000, 1006–1010 (1964); *Public Health Trust of Dade County v. Wons*, 541 So. (2d) 96, 99 (1989).

²⁴⁷ See. *Application of President and Directors of Georgetown College, Inc.*, 331 F.2d 1000, 1006–1010 (1964); *Powell v. Columbian Presbyterian Medical Center*, 49 Misc. 2d 215, 267 N.Y.S.2d 450, 452 (1965).

²⁴⁸ *Application of President and Directors of Georgetown College, Inc.*, 331 F.2d 1000, 1008 (1964); *In Re Osborne*, 294 A 2d 372, 374–376 (1972); *Holmes v. Silver Cross Hospital of Joliet, Illinois*, 340 F. Supp. 125, 129–130 (1972).

²⁴⁹ *Murray v. McMurphy*, [1949] 2 D.L.R. 442; *Cryderman v. Ringrose*, [1977] W.W.R. 109; *Zimmer v. Ringrose*, 89 D.L.R. (3d) 646 (1978); *Cataford v. Moreau*, 114 D.L.R. 585 (1978); *Dendaas (Tylor) v. Yackel*, [1980] 5 W.W.R. 272.

²⁵⁰ *Crits v. Sylvester* [1965] S.C.R. 991.

²⁵¹ *Beausoleil v. Sisters etc.* 53 D.L.R. (2d) 65, 73–77 (1964); *Martel v. Hotel Dieu St-Vallier / Vigneault c. Martel*, [1969] S.C.R. 745; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192.

²⁵² *Male v. Hopmans*, [1966] 1 D.L.R. 647; *Koehler v. Cook*, 65 D.L.R. (3d) 765, 766–767 (1976).

²⁵³ *Johnston v. Wellesley Hospital*, [1971] 2 O.R. 103, 105 etc.

²⁵⁴ *McLean v. Weir*, 18 B.C.L.R. 325 (1980).

²⁵⁵ *Kenny v. Lockwood Clinic Ltd.* [1931], 4 D.L.R. 906.

²⁵⁶ *Halushka v. University of Saskatchewan*, 53 D.L.R. (2d) 436 (1965).

²⁵⁷ *Yule v. Parmley & Parmley*, [1945] 2 D.L.R. 316; *Diack v. Bardsley*, 25 C.C.L.T. 159 (1983); *Schitz v. Dickinson*, 31 C.C.L.T. 313 (1984); *Stewart v. Ross*, 64 Sask R. 271 (1988); *DeFerrari v. Neville*, 42 C.C.L.T. (2d) 327 (1995).

²⁵⁸ *Caron v. Gagnon*, 68 S.C. 155, para. 1–3 (1930); *Marshall v. Curry*, [1933] 3 D.L.R. 260.

²⁵⁹ See note 254 supra.

²⁶⁰ *Beausoleil v. Sisters etc.* 53 D.L.R. (2d) 65, 73–77 (1964).

²⁶¹ *Zimmer v. Ringrose*, 89 D.L.R. (3d) 646, 653–655 (1978). The earlier case, *Marshall v. Curry*, [1933] 3 D.L.R. 260, is quite much influenced by earlier American decisions.

Резюме

Литвиненко А.А. Несанкціоноване медичне втручання та інформована згода у загальному праві Канади до рішення Верховного Суду по справі *Reibl v. Hughes* (1899–1980).

Стаття присвячена дослідженню практики судів Канади у цивільних справах, предметом позову яких було несанкціоноване медичне втручання, а правовими підставами для відшкодування збитків стали делікти – професійна недбалість чи завдання позивачу фізичної шкоди. У сучасній доктрині та судовій практиці, особа не є суб'єктом лікування, а має значні права, як пацієнт, включаючи інформаційні. Ці права передбачають, серед інших, право пацієнта бути поінформованим щодо майбутнього інвазивного лікування, а отже, надати на це згоду, чи навпаки, відмовитися від нього. Доктрина інформованої згоди, що походить з позовів, поданих через несанкціоноване медичне втручання в державах англо-саксонської та континентальної систем права, має понад столітню історію в судовій практиці країн світу. В англо-саксонській системі права, зародження цієї концепції почалося в кінці XIX століття, в основному, в практиці судів США, однак вона має ряд особливостей і в судовій практиці Канади XX ст. Проміжок часу, охоплений даним дослідженням – 1899–1980 роки (від рішення по справі Парнелла, що було першим рішенням з даного питання, до рішення по справі Рейбла проти Х'юза, де Верховний Суд Канади остаточно визнав принципи необхідності інформованої згоди пацієнта в тогочасному загальному праві). У 1990-х роках принципи інформованої згоди були кодифіковані. Автор провів дослідження щодо виникнення концепції та її розвитку в Канаді у згаданому часовому відрізьку до рішення по справі *Reibl v. Hughes* (1980) та досліджував витоки «права на автономію пацієнта» як розширення права пацієнта на приватність, яке існувало в судовій практиці Канади понад століття, хоч і було визнано як таке відносно недавно, навіть попри наявність чималої кількості судових прецедентів. Також автор зосередив увагу на визначенні джерел права, якими послуговувалися канадські суди в більш ранніх справах, що стосувалися несанкціонованого медичного втручання: дані джерела права включали судову практику інших держав і професійну юридичну літературу.

Ключові слова: загальне право Канади, право пацієнта на автономію, право на приватність, деліктне право, медична недбалість, інформована згода.

Резюме

Литвиненко А.А. Несанкционированное медицинское вмешательство и информированное согласие в общем праве Канады до решения Верховного Суда по делу *Reibl v. Hughes* (1899–1980).

Данная статья посвящена исследованию практики канадских судов в гражданских делах, предметом иска в которых было несанкционированное медицинское вмешательство, а юридическим основанием для возмещения ущерба истцу стали деликты – профессиональная халатность врачей или нанесение истцу физического ущерба. В современной доктрине и судебной практике, лицо не является субъектом лечения, а владеет существенными правами, включая информационные. Эти права пациента предусматривают, среди прочих, право пациента быть информированным касательно будущего инвазивного лечения и соответственно дать на это согласие или отказаться от такого лечения. Доктрина информированного согласия, которая происходит из исков, поданных из-за несанкционированного медицинского вмешательства в странах англо-саксонской и континентальной систем права, имеет более, чем столетнюю историю в судебной практике стран мира. В англо-саксонской системе права зарождение этой концепции началось в конце XIX века в основном в практике американских судов, однако она имеет ряд особенностей и в практике судов Канады XX века. Временной отрезок, который охватывает данное исследование, включает в себя 1899–1980 годы (от решения по делу Парнелла, первого судебного решения по данному вопросу, до решения по делу Рэйбла против Хьюза, где Верховный Суд Канады окончательно признал принцип необходимости информированного согласия пациента в общем праве времени). В 1990-х годах принципы информированного согласия были кодифицированы. Автор провёл исследование возникновения концепции и её развития в Канаде в оговоренном временном отрезке до решения по делу Рэйбла против Хьюза (1980), и исследовал истоки «права на автономію пацієнта» в качестве расширения права на приватность, которое существовало в судебной практике Канады более века, хотя и было признано как таковое относительно

но недавно, незважаючи на наявність великої кількості судових прецедентів. Також автор зосередив увагу на визначенні джерел права, які використовувалися канадськими судами при розгляді більш ранніх справ, стосуються несанкціонованого медичного втручання: дані джерела права включали судову практику інших країн світу та професійну юридичну літературу.

Ключевые слова: загальне право Канади, право пацієнта на автономію, право на приватність, деликтне право, медична халатність, інформоване згоду.

Summary

Anatoliy Lytvynenko. Unauthorized medical intervention and informed consent in the common law of Canada prior to the Supreme Court's decision of Reibl v. Hughes (1899–1980).

The given article deals with the Canadian legacy of civil actions on negligence and technical assault or battery involving an unauthorized medical interference to plaintiff. In modern doctrine and case-law, the given concept is named "informed consent", upon which the patient is not a mere subject of medical treatment, but has a substantial set of patient rights, involving the informational ones, which includes his right to be informed on further invasive treatment and thus to be able to assent or decline it. The doctrine of informed consent, arising from actions on unauthorized medical treatment in both common law and civil law jurisdictions, has a centuryfold history in the jurisprudence. In the common-law world, it was bred in the end of the 19th century primarily in the jurisprudence of American courts, but still has its distinct peculiarities in the common law of Canada throughout the twentieth century. The span on the researched jurisprudence embraces the time period of 1899 (judgment of Parnell, which was the first case to deal with the subject) to 1980 (case of Reibl v. Hughes), where the Canadian Supreme Court has firmly recognized the principle of informed consent in the acting common law. In the 1990s, the principles of informed consent had been codified. The author has investigated on the evolution of the concept of patient's right to autonomy in the state from the very beginning to the judgment of Reibl v. Hughes in 1980, and has researched the roots of the "right to autonomy" as an extension of the right to privacy, which has penumbally existed in Canadian jurisprudence for over a century, despite having been recognized as such relatively recently, despite an existence of various early case-law legacy. Apart from the abovesaid, the author aimed to define the authorities used by Canadian courts in the earlier cases dealing with unconsented surgery, which involves judgments from other jurisdictions as well as professional legal and medical textbooks.

Key words: Canadian common law, right to autonomy, right to privacy, tort law, medical negligence, informed consent.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.48

УДК 347.5

Г.Є. МАЙНА

*Ганна Євгенівна Майна, аспірантка Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0003-3855-1580

ОСОБЛИВОСТІ ВИНИКНЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З ПУБЛІЧНОЇ ОБІЦЯНКИ ВИНАГОРОДИ БЕЗ ОГОЛОШЕННЯ КОНКУРСУ

Постановка проблеми. У сучасній цивілістиці поділ зобов'язань на договірні та недоговірні являє собою теоретичну догму, за якою стоять спеціальні дослідження, еволюція наукової думки та нормативно-правових положень. Однак право є «живою» матерією, яка розвивається та еволюціонує відповідно до потреб суспільства, а також економічних, політичних, технологічних та інших змін в житті людини, що відбуваються повсякденно. У зв'язку з цим цивілістичні догми або окремі їх аспекти підлягають періодичній ревізії в умовах відповідних змін.

Досить зрозумілий на перший погляд критерій диференціації цивільних правовідносин втрачає свою юридичну простоту при спробі визначити співвідношення між порядком виникнення таких правовідносин з публічної обіцянки винагороди та їх виникненням на договірній підставі. У рамках відповідної кореляції можна простежити як спільні риси обох правостановлюючих механізмів, так і істотні відмінності між ними. Тому їх ототожнення або навпаки розмежування є передумовою, зокрема визначення перспектив удосконалення положень чинного цивільного законодавства України, принаймні, в частині збереження або доопрацювання норм, що регулюють відносини з публічної обіцянки винагороди.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Тематика правової природи підстав виникнення і особливостей динаміки недоговірних зобов'язань, зокрема правовідносин з публічної обіцянки винагороди, ставала предметом наукового осмислення таких вчених, як С.С. Алексєєв, І.В. Венедіктова, Є. Годеме, Н.Ю. Голубєва, І.В. Жилінкова, В.М. Ігнатенко, О.С. Іоффе, А.В. Коструба, О.О. Кот, Т.С. Ківалова, Н.С. Кузнєцова, Р.А. Майданик, В.В. Надьон, О.О. Отраднова, О.В. Подвірна, Я.М. Романюк, М.Є. Сарахман, І.В. Ткач, Р.О. Халфіна, Ю.Є. Ходико, Я.М. Шевченко, Р.Б. Шишка, О.Я. Явор, В.Л. Яроцький та ін.

© Г.Є. Майна, 2020

* *Ganna Maina, Postgraduate student of Yaroslav Mudryi National Law University*

Постановка завдання. Мета статті полягає у визначенні особливостей виникнення цивільного правовідношення з публічної обіцянки винагорода без оголошення конкурсу в контексті існування альтернативної моделі – порядку виникнення договірних цивільних правовідносин.

Основний матеріал дослідження. Положення чинного Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) розмежовують два способи налагодження правовідносин з публічної обіцянки винагорода, зокрема, що не передбачає оголошення конкурсу (параграф 1 глави 78 ЦК України) та пов'язаний з конкурсом (параграф 2 глави 78 ЦК України). На підставі аналізу відповідних нормативних положень Є.О. Рябоконт диференціює такі стадії формування правовстановлення, що характерні для першого способу: 1) публічне оголошення про винагороду; 2) виконання результату, визначеного у оголошенні¹. Тобто перша стадія характеризується власне публічною обіцянкою винагорода, а друга – виконанням оголошеного завдання. Поряд із тим, вважаємо, що в окремих випадках необхідно виокремлювати і третю стадію, якою виступає передача результату виконаного завдання особі, яка публічно пообіцяла винагороду. Це пов'язано з тим, що в основу окремих завдань може покладатись необхідність одержання такою особою певного блага, наприклад, втраченої речі або інформації. Тому самого лише отримання такого блага виконавцем недостатньо для правовстановлення, адже це не завжди відповідає суті завдання. Це ж впливає і з частини першої ст. 1148 ЦК України².

Вихідною обставиною у процесі формування цивільного правовідношення з публічної обіцянки винагорода виступає власне оголошення конкурсу. В сучасних наукових джерелах також зазначається, що для цього етапу характерне оголошення про винагороду або оголошення конкурсу³.

В якості визначальної ознаки цієї початкової стадії розглядається публічність. За загальним правилом, обіцянка винагорода повинна бути публічною і сповіщатись невизначеному колу осіб для забезпечення можливості будь-якої особи надати встановлений результат⁴. Як встановлюється частиною другою ст. 1144 ЦК України, обіцянка винагорода є публічною, якщо вона сповіщена у засобах масової інформації або іншим чином невизначеному колу осіб⁵. Як зазначає Н.Ю. Голубева, надання інформації окремій особі не буде вважатись публічною обіцянкою винагорода. У такому разі відносини набувають договірний характер⁶.

Розвиток сучасних інформаційних технологій, зокрема платформ в мережі Інтернет, месенджерів та інших засобів комунікації відкриває широкі можливості для інформування широкого загалу і, зокрема, цільової аудиторії про відповідне завдання.

Варто погодитись з Н.Ю. Голубевою, що адресування публічної обіцянки лише певній особі є проявом бажання вступити у правовідносини саме з цією особою. Однак, разом із тим, якщо завдання розсилається поштою або за допомогою SMS-повідомлень чи повідомлень у месенджерах Viber, WhatsApp, Telegram тощо, це також є свідченням публічності. Хоча повідомлення адресується конкретній особі, виконання завдання не пов'язується лише з цією особою. Обіцянка не стосується конкретної особи.

На схожості порядків виникнення цивільного правовідношення з публічної обіцянки винагорода та на підставі оферти, що акцептується особою при укладенні цивільно-правового договору, звернув увагу В.Я. Погребняк. Вчений зазначає, що при здійсненні публічної обіцянки винагорода особа, по суті, здійснює оферту до вступу у правовідносини на визначених завданням умовах. Своєю чергою особи, які приступили до виконання завдання, мають намір вступити у таке правовідношення⁷.

Насамперед що стосується оферти укладення договору. Дійсно, як правило, вона адресується конкретній особі. При цьому, як слідує з частини другої ст. 641 ЦК України, реклама або інші пропозиції, які адресуються невизначеному колу осіб, якщо в них не вказано іншого, є лише запрошеннями робити пропозиції укласти договір⁸. Безпосереднім винятком із цього правила виступає пропозиція товару в рекламі, каталогах, а також в інших описах товару, які містять істотні умови договору і звернені до невизначеного кола осіб. Відповідно до частини першої ст. 699 ЦК України це є публічною пропозицією укласти договір купівлі-продажу⁹.

Таким чином, в окремих випадках публічна пропозиція може розглядатись як публічна оферта, що адресується невизначеному колу осіб.

Своєю чергою революційний розвиток сфери електронної торгівлі, яка проявила свою зручність і в окремих випадках безальтернативність в умовах поширення гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, призвела до того, що сьогодні можна замовити «на дім» практично будь-який товар, роботу або послугу. Фінансові послуги взагалі можуть надаватись виключно в онлайн режимі. Обирати товар, роботи або послуги та здійснювати їх оплату можна як одразу через електронний інтерфейс, так і після їх одержання. У зв'язку з цим постає питання, чи можна розглядати відповідний інтерфейс виключно як запрошення робити пропозиції до укладення відповідних договорів, або ж в даному випадку необхідно застосовувати те саме правило, що встановлено ст. 699 ЦК України для договорів купівлі-продажу? Тобто вважати, що це є публічною пропозицією укласти договір, зокрема про виконання роботи або надання послуги. У сучасних умовах, вважаємо, відповідь на це запитання є очевидною. Правило, закріплене в частині першій ст. 699 ЦК України, потребує поширення на всі випадки укладення договорів у мережі Інтернет, якщо інше не встановлено законом, договором або не впливає зі змісту відповідних правовідносин.

Таким чином, як і публічна обіцянка винагорода в сучасних умовах оферта укласти договір може мати публічний характер і бути адресованою невизначеному колу осіб.

У сучасній юридичній літературі робиться спроба підкреслити особливості правовстановлення при публічній обіцянці винагорода за допомогою конструкції одностороннього правочину. Наприклад, Н.Ю. Голубева вказує на те, що якби публічна обіцянка винагорода та реакція на неї були договором, тоді б

особа, яка виконала завдання, не знаючи про його існування, не могла б претендувати на одержання обіцяної винагороди¹⁰. В основу цієї позиції вченої покладено розуміння договору як усвідомленої реакції особи на оферту, тобто усвідомленої, вольової згоди на вступ у відповідні правовідносини. Водночас, вважаємо, що суб'єктивне ставлення особи до завдання не може бути визначальним для розмежування порядків виникнення правовідносин з публічної обіцянки винагороди та на підставі договору. В повсякденному житті, купуючи певні речі, ми «натрапляємо» на акції «2 речі по ціні однієї» тощо, не маючи уявлення про відповідні бонуси. Необізнаність з приводу відповідної маркетингової кампанії не позбавляє нас права на отримання бонусів.

При цьому слід зазначити про те, що в сучасній юридичній літературі вказується, що публічна обіцянка винагороди складається з двох односторонніх правочинів, зокрема з власне сповіщення про обіцянку винагороди, а також виконання завдання й передачі його результату¹¹. Проте, вважаємо, що цього недостатньо для чіткого розмежування недоговірних та договірних способів виникнення правовідношення. Адже публічна обіцянка винагороди та реакція на неї у вигляді виконання завдання й, у разі необхідності, передачі його результату є взаємопов'язаними правочинами і в сукупності узгоджують волю відповідних осіб на вступ у правовідношення.

Окреслене свідчить про те, що при розмежуванні оферти та акцепту як стадій укладення договору виникнення правовідносин передбачає таке саме погодження волевиявлення осіб, як і при публічній обіцянці винагороди, адже воно, як правило, передбачає реакцію особи на пропозицію, що була їй адресована або про яку вона дізналась. При цьому така реакція є свідченням згоди на пропонувані умови. А тому в обох випадках відбувається взаємне погодження волі обох осіб.

Різниця полягає в тому, що в юридичній схемі виникнення правовідносин з публічної обіцянки винагороди між власне такою обіцянкою і наслідком у формі виникнення правовідносин перебуває виконання завдання. Самого лише акцепту умов завдання недостатньо для вступу у правовідносин. Водночас при укладенні договору, як правило, акцепту пропозиції достатньо для виникнення правовідносин.

Положення чинного цивільного законодавства України дозволяють учасникам процесу переговорів погодити певну умову вступу у правовідносини або переходу на наступний їх етап. Наприклад, при погодженні умов злиття чи поглинання сторони можуть пов'язати укладення відповідного договору з досягненням певних фінансових показників суб'єктами підприємницької діяльності стосовно яких вчиняється відповідний правочин, тобто запровадити багатостадійну процедуру, що характерна для практики *mergers and acquisition* у США.

Таким чином, одним із ключових елементів процесу правовстановлення при публічній обіцянці винагороди виступає необхідність виконання завдання. І саме в цій частині простежується визначальна різниця між двома порядками виникнення недоговірних зобов'язань, тобто з публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу та договірних правовстановлення.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Ураховуючи зміст проаналізованих порядків правовстановлення, принципова різниця між ними вбачається у елементі завдання, що характерний для публічної обіцянки винагороди і не характерний для механізму договірних формування цивільного правовідношення.

Виконання відповідного завдання «виведене» за межі відносного цивільного правовідношення і виступає підставою, а у випадку, якщо характер правовідносин передбачає передачу результату завдання особі, яка пообіцяла винагороду, – умовою формування нового зобов'язання. Водночас при укладенні договору здійснення його сторонами юридично вагомої поведінки являє собою здійснення прав та виконання обов'язків, що входять до змісту вже існуючого правовідношення.

У зв'язку з цим при публічній обіцянці винагороди особа, яка оголосила винагороду, одержує майнове благо від виконання завдання до виникнення правовідношення, в той час як при укладенні договору – в результаті його виникнення і виконання обов'язків, що входять до його змісту. З цього слідує, що адресування обіцянки винагороди невизначеному колу осіб покликане підвищити ймовірність одержання особою відповідного блага в умовах, коли таке благо може мати в тому числі певною мірою унікальний характер. У випадку з інформацією або речами неможливо заздалегідь визначити, хто володіє ними, а тому і адресувати таку особі оферту до вступу у договірні правовідносини. Тому публічність у рамках аналізованого порядку правовстановлення є елементом, що підвищує можливість досягненні встановленої мети.

Отже, використання публічної обіцянки винагороди є найбільш ефективним за таких умов: 1) існує потреба одержати благо, що має певною мірою унікальний характер, може бути надане лише певними особами; 2) чітко не відомо, яка особа здатна надати таке благо. Це ж підкреслює ту обставину, що порядок виникнення правовідносин з публічної обіцянки винагороди має ширший діапазон використання, ніж договір.

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / Кузнецова Н.С., Кот О.О., Боднар Т.В. та ін.; за ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. 4-те вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. Т. 2. С. 822.

² Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 356 (із змінами).

³ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / Кузнецова Н.С., Кот О.О., Боднар Т.В. та ін.; за ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. 4-те вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. Т. 2. С. 822, 827.

⁴ Голубева Н.Ю. Правове регулювання публічної обіцянки винагороди без оголошення конкурсу. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса, 2004. Вип. 22. С. 565.

⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 1144 (із змінами).

⁶ Голубева Н.Ю. Правове регулювання публічної обіцянки винагорода без оголошення конкурсу. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса, 2004. Вип. 22. С. 565.

⁷ Погребняк В.Я. Окремі проблеми виникнення права вимоги у зв'язку з публічною обіцянкою винагорода. *Вісник Запорізького нац. ун-ту. Юридичні науки*. 2020. № 2. С. 63.

⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 641 (із змінами).

⁹ Там само. Ст. 699.

¹⁰ Голубева Н.Ю. Правове регулювання публічної обіцянки винагорода без оголошення конкурсу. *Актуальні проблеми держави і права*. Одеса, 2004. Вип. 22. С. 568.

¹¹ Сарухман М. Публічна обіцянка винагорода без оголошення конкурсу: законодавче врегулювання та проблемні питання практичного застосування. *Актуальні проблеми правознавства*. 2019. № 4 (20). С. 308.

Резюме

Майна Г.Є. Особливості виникнення зобов'язання з публічної обіцянки винагорода без оголошення конкурсу.

Стаття присвячена розгляду особливостей виникнення зобов'язання з публічної обіцянки винагорода без оголошення конкурсу. Авторка окреслює схожі риси та відмінності між порядком виникнення правовідношення у такий спосіб і договірним формуванням правовідношення. Зазначається, що в окремих випадках публічна обіцянка винагорода може розглядатись як публічна оферта, що адресується невизначеному колу осіб.

Поряд із тим при публічній обіцянці винагорода без оголошення конкурсу особа, яка оголосила винагорода, одержує майнове благо як результат виконання завдання до виникнення правовідношення, в той час як при укладенні договору такий ефекти досягається в результаті його виникнення і виконання обов'язків, що входять до його змісту. У зв'язку з цим використання публічної обіцянки винагорода є найбільш ефективним за таких умов: 1) існує потреба одержати благо, що має певною мірою унікальний характер, може бути надане лише певними особами; 2) чітко не відомо, яка особа здатна надати таке благо.

Ключові слова: публічна обіцянка винагорода, винагорода, приз, конкурс, зобов'язання, односторонній правочин.

Резюме

Майна А.Є. Особенности возникновения обязательств из публичного обещания вознаграждения без оглашения конкурса.

Статья посвящена рассмотрению особенностей возникновения обязательства из публичного обещания вознаграждения без оглашения конкурса. Автор очерчивает схожие черты и различия между порядком возникновения правоотношения в такой способ и договорным формированием правоотношения. Отмечается, что в отдельных случаях публичное обещание вознаграждения может рассматриваться как публичная оферта, которая адресуется неопределенному кругу лиц.

Вместе с тем, при публичном обещании вознаграждения без оглашения конкурса лицо, которое пообещало вознаграждение, получает имущественное благо как результат исполнения задания до возникновения правоотношения, в то время как при заключении договора такой эффект достигается в результате его возникновения и исполнения обязанностей, которые входят в его содержание. В связи с этим использование публичного обещания вознаграждения является наиболее эффективным в таких условиях: 1) существует необходимость получить благо, которое имеет в некотором роде уникальный характер и может быть предоставлено лишь определенными лицами; 2) достоверно неизвестно, кто именно может предоставить такое благо.

Ключевые слова: публичное обещание вознаграждения, вознаграждение, приз, конкурс, обязательство, односторонняя сделка.

Summary

Ganna Maina. The specificity of establishment of relationships from a public promise of a reward without contest.

The article is devoted to consideration the specialties of order of establishment the obligation from a public promise of a reward without contest. The author defines the similarities and differences between the legal order of establishing relationships in abovementioned way and the order of establishing a relationship under the contract. It is designated that in some cases the public promise of reward without contest can be considered as public offer that addressed to indefinite number of persons.

At the same time there is a difference between abovementioned mechanisms of establishment of relationships. In case when relationships establishes from a public promise of a reward without contest there is a task completion between such a promise and relationships establishment. The only acceptance of the task conditions is not enough to establish the relationships. But when a contract is concluding the acceptance of an offer is enough to cause such effect.

The task completion is taken out of the legal relationship and considered as the ground for establishment the obligation. Only when the character of the task determines the necessity to transfer its result from performer to a person who promised the reward the task completion is considered as a condition for establishment the obligation. At the same time in contractual relationships the juridically important actions are committed within the relationships and have character of right-realization and carrying out the responsibilities.

Thereby when legal relationships establishes from public promise of a reward without contest the person who promised the reward is getting the good that is the result of task completion before the establishment of relationship or in the moment of its establishment. But when the legal relationships establishes from the contract its participants get the effect as a result of realization the right and carrying out the responsibilities that comprised by the content of appropriate relationships. Consequently the public character of a reward that addresses to indefinite number of persons intended to increase the probability to get some good that has the unique character.

Key words: public promise of a reward, reward, prize, contest, obligation, unilateral deal.

О.С. ОЛІЙНИК

*Олег Станіславович Олійник, аспірант Київського міжнародного університету, керуючий Адвокатського бюро Олега Олійника (м. Київ)**

ORCID: 0000-0001-8220-2770

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИПИСІВ ЗАКОНУ ЩОДО ЗАБОРОНИ ВИЛУЧЕННЯ АКТИВІВ ПУБЛІЧНИХ ПЕНСІЙНИХ ФОНДІВ, ЯКІ ЗНАХОДЯТЬСЯ В БАНКАХ, ЩО ЛІКВІДУЮТЬСЯ

Постановка проблеми. На сьогодні на законодавчому рівні (Закони України «Про пенсійне забезпечення», «Про недержавне пенсійне забезпечення», «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб») для забезпечення особі достатнього життєвого рівня після закінчення активної трудової діяльності в Україні задекларовано запровадження сучасної трирівневої пенсійної системи. Але фактично запроваджено та функціонує лише дві складові зазначеної системи, а саме: обов'язкова державна солідарна пенсійна система та необов'язкова недержавна накопичувальна пенсійна система.

Сьогодні Україна готується до практичного запровадження другого рівня пенсійної системи – обов'язкове пенсійне накопичення, яке має забезпечити довгострокове накопичення, інвестування та зберігання пенсійних активів майбутніх пенсіонерів. Отже, надійність функціонування всіх рівнів пенсійної системи України вимагає надійного довгострокового зберігання пенсійних активів. Зокрема, постає питання захисту збереження пенсійних активів під час банкрутування банків-зберігачів пенсійних активів.

Чинне законодавство України містить норми, які гарантують збереження пенсійних активів¹. Але на практиці мають місце непоодинокі випадки неповернення пенсійних активів недержавним пенсійним фондам з ліквідованих банків. Відтак, є нагальна потреба виявити джерело цієї проблеми та запропонувати шляхи її вирішення. У статті аналізується чинне законодавство України щодо статусу активів публічних пенсійних фондів та застосування законодавчих заборон вилучати пенсійні активи під час ліквідації банку.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У науковій літературі дослідженню питання правового статусу публічних фондів присвячено праці Л.К. Воронової, А.А. Нечай, О.П. Орлюк, Л.А. Савченко та інших. Актуальність подальшого дослідження зазначеного питання обґрунтовується необхідністю вдосконалення чинного законодавства для мінімізації втрат активів пенсійних фондів під час процедури ліквідації банку.

Формулювання мети статті: виявити та дослідити проблеми застосування приписів закону щодо заборони вилучення активів публічних пенсійних фондів, які знаходяться в банках, що ліквідуються, з метою окреслення шляхів посилення захисту зазначених активів.

Виклад основного тексту. Публічні фонди – це базова категорія фінансового права². Публічні фонди створюються з метою акумулювання коштів для задоволення визначеного фінансовим законодавством публічного інтересу.

Відповідно до міжнародних стандартів трирівнева пенсійна система складається з наступних рівнів³. Україна також задекларувала запровадження наступних трьох рівнів пенсійної системи в державі⁴:

1) перший рівень – це загальнообов'язкова солідарна система, кошти якої формуються з обов'язкових страхових платежів та використовуються для здійснення пенсійних виплат особам, які мають право отримувати пенсію відповідно до чинного законодавства України. Таким чином, покоління сьогодишніх працівників фінансує пенсійні виплати старшому поколінню (через що система отримала назву «солідарна»);

2) другий рівень – накопичувальна система загальнообов'язкового державного пенсійного страхування. Внески до цієї системи обов'язкові для переважної кількості громадян України, а облік внесків є персоналізованим, підлягає довгостроковому накопиченню й інвестуванню з метою отримання інвестиційного доходу для примноження коштів та успадковуються у випадку, коли застрахована особа помирає раніше, ніж отримує всі належні їй кошти. Інвестування коштів накопичувальних пенсійних фондів в економіку країни також розглядається як потужний інструмент підтримки її розвитку;

3) третій рівень – система недержавного пенсійного забезпечення, що ґрунтується на добровільній участі громадян, які вирішили робити додаткові до обов'язкових пенсійні накопичення. Внески в цю систему можуть робити не тільки фізичні особи на власну користь, а й роботодавці такої фізичної особи на користь своїх працівників.

Перший і другий рівні системи пенсійного забезпечення в Україні становлять систему загальнообов'язкового державного пенсійного страхування. Другий та третій рівні системи пенсійного забезпечення в Україні становлять систему накопичувального пенсійного забезпечення.

У розумінні ст. 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення»⁵ недержавний пенсійний фонд – це юридична особа, створена відповідно до цього Закону, яка має статус неприбуткової організації (непідприємницького товариства), функціонує та провадить діяльність виключно з метою накопичення пенсійних внесків на користь учасників пенсійного фонду з подальшим управлінням пенсійними активами, а також здійснює пенсійні виплати учасникам зазначеного фонду у визначеному цим Законом порядку. Відповідно до положень ст. 6 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» недержавне пенсійне забезпечення є для пенсійних фондів виключним видом діяльності. Провадження пенсійними фондами іншої діяльності, не передбаченої цим Законом, забороняється.

Таким чином, недержавний пенсійний фонд є юридичною особою, яка: створюється та функціонує відповідно до Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення»; має статус неприбуткової організації (непідприємницького товариства); функціонує та провадить діяльність виключно з метою накопичення пенсійних внесків на користь своїх учасників; здійснює управлінням накопиченими пенсійними внесками, що отримують статус пенсійних активів виключно за допомогою компанії з управління активами; може здійснює пенсійні виплати своїм учасникам у визначеному Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення» порядку; накопичення пенсійних внесків на користь своїх учасників, здійснення управління такими внесками, а також здійснення пенсійних виплат своїм учасникам – діяльність з недержавного пенсійного забезпечення, що є виключним видом діяльності для недержавного пенсійного фонду. Отже, провадження пенсійними фондами іншої діяльності, не передбаченої законом, приписами ст. 6 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» забороняється.

Статтею 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» визначено, що діяльність із недержавного пенсійного забезпечення – це сукупність організаційних, юридичних та інших передбачених законодавством дій, спрямованих на здійснення недержавного пенсійного забезпечення фізичних осіб.

Наведені положення законодавства вказують на можливість вчинення недержавним пенсійним фондом єдиного виключного виду господарської діяльності з недержавного пенсійного забезпечення, що унеможливує отримання пенсійним фондом будь-якого доходу, який може бути присвоєний безпосередньо фондом з наступним використанням у власних цілях поза межами діяльності з недержавного пенсійного забезпечення. Отже, усі пенсійні внески, сплачені вкладниками недержавному пенсійному фонду (далі – НПФ) на користь відповідних учасників НПФ, є власністю таких учасників та обліковуються у відповідних одиницях на індивідуальному пенсійному рахунку кожного із учасників фонду окремо.

Згідно з положеннями ст. 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» одиниця пенсійних активів – показник системи персоніфікованого обліку, який застосовується для визначення суми пенсійних коштів, що належать учасникові пенсійного фонду та обліковуються на його індивідуальному пенсійному рахунку в НПФ. З моменту акумулювання пенсійних внесків на рахунках учасників НПФ здійснює наступне використання та розпорядження ними з метою подальшого збільшення номінальної вартості одиниць пенсійних активів за рахунок розподілу отриманого прибутку.

Відповідно до ст. 51 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» сума пенсійних коштів усіх учасників пенсійного фонду дорівнює чистій вартості активів пенсійного фонду. Згідно із положеннями ст. 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» чиста вартість активів пенсійного фонду – це різниця між вартістю активів пенсійного фонду на день проведення підрахунку та сумою зобов'язань пенсійного фонду, що підлягають виконанню на день проведення підрахунку. Відповідно до ст. 47 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» активи пенсійного фонду можуть формуватися виключно внаслідок операцій, пов'язаних із провадженням пенсійним фондом діяльності з недержавного пенсійного забезпечення відповідно до цього Закону. Згідно з приписами ст. 7 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» пенсійні кошти, що обліковуються на індивідуальному пенсійному рахунку учасника фонду, є власністю такого учасника та використовуються на цілі, визначені цим Законом. При цьому під поняттям «пенсійні кошти» згідно з положеннями ст. 1 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» мається на увазі сума грошових зобов'язань пенсійного фонду перед його учасниками.

Наведене вище дає підстави стверджувати, що недержавний пенсійний фонд не є власником акумульованих пенсійних внесків (пенсійних активів), а є лише інституцією, яка опікується цими коштами в інтересах застрахованих осіб – учасників НПФ. Отже, власниками пенсійних активів, а також доходу, отриманого від їх інвестування, є саме учасники такого фонду.

Відповідно до ст. 48 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» пенсійні активи, що накопичуються у пенсійному фонді, можуть бути використані виключно для цілей інвестиційної діяльності фонду, виконання зобов'язань фонду перед його учасниками та оплати витрат, пов'язаних із здійсненням недержавного пенсійного забезпечення. Використання пенсійних активів для інших цілей забороняється. Усі надходження на поточні рахунки фонду мають бути використані за цільовим призначенням відповідно до ст. 48 цього Закону протягом двох тижнів з дати зарахування коштів.

Проведене системне тлумачення наведених норм Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» свідчить про відсутність у недержавного пенсійного фонду правових підстав для використання пенсійних активів на користь самого фонду або його засновників. Необхідно зазначити, що НПФ є унікальними юридичними особами, в яких немає власних посадових осіб чи працівників. Усі операції з обліку пенсійних активів, їх управління та зберігання виконуються на договірній основі ліцензованими юридичними особами, які мають право надавати відповідні послуги НПФ. При цьому законодавство визначає певні ліміти (обме-

ження) оплати таких послуг з метою захисту пенсійних активів від «прихованого розкрадання» чи неефективного використання.

Означена неможливість НПФ використовувати активи у своїх інтересах свідчить, що усі дії з користування та розпорядження пенсійними активами, які здійснюються недержавним пенсійним фондом, вчиняються ним не у власних інтересах, а здійснюються недержавним пенсійним фондом як неприбутковою організацією, суб'єктом другого та/або третього рівня пенсійної системи виключно в інтересах своїх учасників на виконання завдань пенсійної реформи України.

Отже, можна констатувати, що недержавний пенсійний фонд може розмішувати на рахунках в банках згідно з договорами банківського вкладу (депозиту) лише грошові кошти, які є пенсійними активами, оскільки чинним законодавством чітко встановлено, що жодних інших коштів у користуванні недержавного пенсійного фонду бути не може, що зокрема підтверджується механізмом накопичення грошових коштів (лише за рахунок пенсійних внесків)⁶.

З метою захисту пенсійних активів, законодавець у ст. ст. 47, 48 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» чітко заборонив вилучати пенсійні активи, в тому числі встановив заборону включати їх у ліквідаційну масу банку. Проте вказаним законодавством не встановлено строку та механізму повернення пенсійних активів законному власнику під час ліквідації банку. Це створює певну неоднозначність трактування норм законодавства, породжуючи їх колізію. Так, у спеціальному законодавстві щодо ліквідації банку, зокрема у частині другій ст. 50 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», законодавець закріпив обов'язок уповноваженої особи державної установи «Фонд гарантування вкладів фізичних осіб» (далі – Фонд гарантування вкладів фізичних осіб) повернути законному власнику будь-яке майно, щодо якого ліквідований банк є користувачем або зберігачем. При цьому вказана стаття не регулює порядок повернення пенсійних активів, розміщених у банку-зберігачі пенсійних активів пенсійного фонду на умовах договору банківського вкладу (депозиту). У результаті Фонд гарантування вкладів фізичних осіб відмовляється повертати недержавним пенсійним фондам пенсійні кошти, які зберігалися на рахунках ліквідованих банків та належать застрахованим фізичним особам – учасникам таких пенсійних фондів. На нашу думку, така поведінка Фонду гарантування вкладів фізичних осіб суперечить суті та духу пенсійного законодавства, а також пенсійній політиці держави Україна, яка заінтересована у підвищенні добробуту людей похилого віку і заохочує працездатних осіб та їх роботодавців робити додаткові внески на пенсійне забезпечення громадян. Для підтвердження нашої точки зору розглянемо детальніше відповідні норми чинного законодавства України. Як впливає з приписів частини першої ст. 36 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», власники банку та уповноважені ними органи із введенням тимчасової адміністрації банку втрачають свої повноваження, які одночасно набуває Фонд гарантування вкладів фізичних осіб.

Частиною шостою ст. 77 Закону України «Про банки та банківську діяльність» встановлено, що Фонд гарантування вкладів фізичних осіб у день отримання рішення Національного банку України про ліквідацію банку набуває прав ліквідатора банку та розпочинає процедуру його ліквідації відповідно до Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб».

Тобто з моменту прийняття Фондом гарантування вкладів фізичних осіб відповідного рішення керівництво банку фактично та юридично втрачає цивільну дієздатність, усі повноваження щодо управління поточною господарською діяльністю банку передаються уповноваженій особі Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, органи та посадові особи банку, а також його власники усунені від своїх повноважень.

Таким чином, після прийняття рішення про ліквідацію банку Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, його уповноважена особа управляють банком, а отже, й представляють його інтереси у відносинах із третіми особами та несуть відповідальність у випадку невиконання або неналежного виконання зобов'язань, взятих на себе банком, у тому числі і до прийняття рішення про його ліквідацію та виведення з ринку. Відтак обов'язок щодо повернення відповідного майна мав би покладатися на Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, який виконує повноваження органів управління банку.

Згідно зі ст. 112 Цивільного кодексу України «у разі відмови ліквідаційної комісії у задоволенні вимог кредитора або ухилення від їх розгляду, кредитор має право звернутися до суду з позовом до ліквідаційної комісії». Статтею 1060 Цивільного кодексу України встановлено, що за договором банківського вкладу на вимогу банк зобов'язаний видати вклад на першу вимогу вкладника, а за договором банківського строкового вкладу банк зобов'язаний видати вклад та нараховані проценти за цим вкладом у встановлений договором строк, або раніше у випадку, якщо це передбачено законом.

Окрім цього, відповідно до положень ст. 1212 ЦК України, особа, яка набула майно або зберегла його в себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала.

Отже, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб та його уповноважена особа під час здійснення процедури ліквідації банку як суб'єкти владних повноважень з моменту прийняття рішення про ліквідацію такого банку мають право та зобов'язані належним чином виконувати грошові зобов'язання, взяті на себе банком, що ліквідується, в тому числі й за договорами банківського вкладу в частині повернення пенсійних активів недержавного пенсійного фонду.

Із аналізу вищезазначених правових норм вбачається, що Фонд гарантування вкладів фізичних осіб зобов'язаний повернути пенсійні активи, розміщені на рахунках банку-зберігача або іншого банку на умовах договору банківського вкладу (депозиту), а неповернення вказаних активів є порушенням законодавства.

Національні суди до недавнього часу дотримувались аналогічної думки. Так, Вищий адміністративний суд України (далі – ВАСУ) в ухвалі у справі № К/800/10019/16 від 7 липня 2016 р. дійшов такого висновку: «виходячи з системного аналізу положень Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення» та частини п'ятої статті 50 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», колегія суддів вважає обґрунтованою позицію судів попередніх інстанцій стосовно того, що імперативна заборона на включення пенсійних активів до ліквідаційної маси банків не дає права виконувати будь-які зобов'язання фінансової установи (банку) за рахунок цих пенсійних активів. При цьому, незалежно від того, на якій підставі активи пенсійного фонду були розміщені у банку (чи то за договором банківського вкладу, чи то за договором про управління активами), банк, що ліквідується, зобов'язаний повернути пенсійні активи в повному обсязі їх законному розпоряднику, визначеному Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення».

В ухвалі № К/800/67455/14 від 1 березня 2017 р. колегія суддів ВАСУ погоджується з висновками суду апеляційної інстанції про те, що, враховуючи відсутність у відповідачів (Фонду гарантування вкладів фізичних осіб та його уповноваженої особи) повноважень на використання пенсійних активів, вони не можуть вчинити щодо цих активів інші дії, ніж повернення їх позивачеві, а тому обраний спосіб захисту порушеного права (зобов'язання повернути кошти) є належним і єдиною можливим способом повного захисту порушеного права позивача та його учасників.

В ухвалі № К/800/54318/13 від 23 квітня 2014 р. колегія суддів ВАСУ беззаперечно погоджується з твердженням суду апеляційної інстанції про те, що незалежно від того, на підставі якого правочину активи пенсійного фонду були розміщені у банку (чи то за договором банківського вкладу, чи то за договором про управління активами) банк, що ліквідується, зобов'язаний повернути пенсійні активи в повному обсязі їх законному розпоряднику, визначеному Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення».

До аналогічних висновків дійшла і колегія ВАСУ при розгляді справи № К/800/66235/13. Так, у постанові від 23 вересня 2015 р. судом було зазначено, що закон встановлює пряму заборону включення пенсійних активів до ліквідаційної маси банку, а держава гарантує збереження пенсійних активів шляхом заборони їх використання не за цільовим призначенням. Незалежно від того, на якій підставі активи пенсійного фонду були розміщені у банку (чи то за договором банківського вкладу, чи то за договором про управління активами), банк, що ліквідується, зобов'язаний повернути пенсійні активи в повному обсязі їх законному розпоряднику, визначеному Законом України «Про недержавне пенсійне забезпечення». За вказаними обставинами, враховуючи відсутність у відповідачів підстав для утримання пенсійних активів, їх бездіяльність щодо неповернення позивачу коштів в сумі 87796,10 грн є протиправною.

Проте, цей підхід до тлумачення законодавчої колізії було змінено створеним у 2017 році Верховним Судом.

Так, у п. п. 6.23–6.25 остаточної постанови від 16 червня 2020 р. у справі № 910/22513/17 Велика Палата Верховного Суду зазначила, що згідно із ст. 1212 ЦК України особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала. При цьому норми даної статті підлягають застосуванню, коли одна сторона безпідставно утримує майно іншої сторони та при цьому в неї відсутнє відповідне договірне зобов'язання з повернення цього майна. Отже, розглядаючи справу про повернення депозитних коштів недержавному пенсійному фонду, Верховний Суд вирішив, що депозитні кошти були передані позивачем-недержавним фондом третій особі-банку на підставі договору, отже, кошти є набутими банком на правовій підставі. У третью особу виникло невиконане нею договірне зобов'язання повернути зазначені вище кошти, обставин заволодіння цими коштами відповідачем судами не встановлено, що виключає застосування до спірних відносин норм ст. 1212 ЦК України.

Із цих же підстав Велика Палата Верховного Суду відхилила аргумент позивача (недержавного пенсійного фонду) щодо порушення відповідачем-банком його права на мирне володіння майном, передбачене ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, оскільки на час прийняття рішень судами попередніх інстанцій невиконані договірні зобов'язання третьою особою перед позивачем з повернення депозитних коштів (пенсійних активів) продовжували існувати, при цьому у справі відсутні докази звернення позивача до суду щодо примусового виконання третьою особою цього зобов'язання. У свою чергу, уповноважена особа відповідача у право на мирне володіння позивачем своїм майном не втручалась, а відповідно до норм Закону 4452-VI виконувала функції органу управління третьою особою, діючи від її імені⁷.

Тобто попри наявність формальних підстав для повернення пенсійних активів, Верховний Суд у згаданій справі, на жаль, змінив попередні висновки суду касаційної інстанції та фактично підтвердив правомірність неповернення пенсійних коштів недержавним пенсійним фондам, які належать фізичним особам – учасникам таких фондів, Фондом гарантування вкладів фізичних осіб.

Водночас згідно з підпунктами п'ятим та шостим ст. 13 Закону України «Про судоустрій та статус судів» правові висновки Верховного Суду є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які засто-

совують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права, а також враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права.

Висновки. Зазначений аналіз норм законодавства, що регулюють правовідносини діяльності недержавних пенсійних фондів та практики їх правозастосування у питанні розміщення пенсійних активів в банках та їх повернення у разі ліквідації банків, свідчить про відсутність визначеної процедури повернення пенсійних активів в разі ліквідації банку й відсутність дієвих механізмів захисту порушених прав власників пенсійних активів. Отже, вказане законодавство потребує удосконалення в частині встановлення чіткого правового механізму та нормативного урегулювання строків повернення Фондом гарантування вкладів фізичних осіб недержавним пенсійним фондам пенсійних активів, які належать застрахованим фізичним особам-учасникам таких фондів, та акумулюються і обліковуються у таких фондах.

¹ Так, див. ст. ст. 47, 48 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення».

² Нечай А.А. Актуальні питання фінансового права: правові основи публічних накопичувальних фондів : монографія. Чернівці: Рута, 2004. 376 с.; Нечай А.А. Проблеми правового регулювання публічних фінансів та публічних видатків. Чернівці: Рута, 2004. 264 с.

³ Так, див. ст. 2 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування».

⁴ Див.: Єдиний державний реєстр судових рішень / офіційний вебсайт. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

⁵ Верховна Рада України / офіційний вебсайт. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws>

⁶ Див.: Олійник О.С. «Щодо можливості недержавного пенсійного фонду бути власником або розпорядником майна (крім пенсійних активів) та статусу коштів недержавного пенсійного фонду, розміщених на депозитному рахунку в банку згідно договору банківського вкладу», наукова стаття. *Наука онлайн: Міжнародний електронний науковий журнал*. 2020. № 8. URL: <https://nauka-online.com/ua/publications/yurisprudentsiya/2020/8/1-2/>

⁷ Див.: Єдиний державний реєстр судових рішень: офіційний вебсайт. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua>

Резюме

Олійник О.С. Проблеми застосування приписів закону щодо заборони вилучення активів публічних пенсійних фондів, які знаходяться у банках, що ліквідуються.

У статті проаналізовано чинне законодавство України з питання збереження пенсійних активів, які належать учасникам недержавних пенсійних фондів, під час ліквідації банків. Зокрема, проаналізовані та обґрунтовані юридичні підстави повернення недержавним пенсійним фондам пенсійних коштів, які зберігалися на депозитах банків, що ліквідуються. Проаналізовано практику застосування вказаних приписів законів судами України. Виявлено юридичні колізії, які породжують проблемі практичного застосування визначених законом гарантій збереження пенсійних активів, а також запропоновано загальні шляхи вирішення цієї проблеми.

Ключові слова: фінансова система, публічні фонди, грошові кошти, процедура ліквідації банку, пенсійні активи, вилучення.

Резюме

Олейник О.С. Проблемы применения предписаний закона о запрете изъятия активов публичных пенсионных фондов, находящихся в банках, которые ликвидируются.

В статье проанализированы действующее законодательство Украины по вопросу негосударственного пенсионного обеспечения и ликвидации банков. В частности, проанализирована и обоснована невозможность негосударственного пенсионного фонда являться собственником пенсионных активов, которые в нем накоплены, выявлены и описаны определенные законом гарантии сохранности пенсионных активов. Проанализирована практика применения указанных предписаний закона судами. Обнаружена проблема практического применения определенных законом гарантий сохранности пенсионных активов и предложены общие пути решения этой проблемы.

Ключевые слова: финансовая система, публичные фонды, денежные средства, процедура ликвидации банка, пенсионные активы, изъятия.

Summary

Oleh Oliynyk. Problems of application of the provisions of the law on the prohibition of withdrawal of assets of public pension funds located in liquidated banks.

The article analyzes the current legislation of Ukraine on private pension funds provision and liquidation of banks. In particular, the inability of a private pension fund to be the owner of pension assets, which are accumulated in it, identified and described by the statutory guarantees of preservation of pension assets, is analyzed and substantiated. The practice of application of the specified provisions of the law by courts is analyzed. The problem of practical application of the guarantees of preservation of pension assets defined by the law is revealed and the general ways of the decision of this problem are offered.

Today Ukraine is preparing for the practical introduction of the second level of the pension system – mandatory pension accumulation, which should ensure the long-term accumulation, investment and safekeeping of pension assets of future retirees. Thus the reliability of the functioning of all levels of the pension system of Ukraine requires reliable long-term storage of pension assets. In particular, there is the issue of protecting the safety of pension assets during the bankruptcy of custodian banks of pension assets.

The current legislation of Ukraine contains norms that guarantee the preservation of pension assets. But in practice there are widespread cases of non-return of pension assets to private pension funds from liquidated banks. Therefore, there is an urgent need to identify the source of this problem and suggest ways to solve it.

Ukrainian legislation needs to be improved in terms of establishing a clear legal mechanism and normatively setting deadlines for the Fund to return deposits of individuals to private pension funds of pension assets owned by insured individuals participating in such funds, and accumulated and accounted for in such funds.

Key words: financial system, public funds, cash, bank liquidation procedure, pension assets, withdrawal.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.50

УДК 347.763.2

Б.О. СОЛОВІЙОВ

*Борис Олегович Соловійов, аспірант Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0003-2635-4096

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АВІАПЕРЕВІЗНИКА: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку має місце активна інтеграція України у європейський та світовий простір, що має безпосередній вплив на розвиток транспортної інфраструктури. Надзвичайно поширеними стають авіаперевезення пасажирів та багажу, що зумовлено зручністю та швидкістю авіаційного транспорту. Збільшення попиту на авіаперевезення стає ще одним стимулом для вирішення окремих проблем правового регулювання та правозастосування, які мають місце у цій сфері. Неабиякого значення для цього має і процес рекодифікації цивільного законодавства, під час якого представники доктрини цивільного права звертаються до проблем, пов'язаних із правовою природою окремих видів цивільних правовідносин, адже саме це є необхідною передумовою для підвищення ефективності механізму цивільно-правового регулювання.

На жаль, складність правового регулювання відносин авіаперевезення, різні підходи правозастосовної практики до окремих питань, що стосуються цивільно-правової відповідальності авіаперевізника, непоінформованість пасажирів створюють істотні перешкоди для ефективного застосування механізму цивільно-правової відповідальності. Саме тому актуальними є питання, пов'язані із відповідальністю авіаперевізника за затримку відправлення пасажирів та порушення строку його доставляння до пункту призначення, затримку, втрату чи пошкодження багажу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання цивільно-правової відповідальності ті відносин перевезення досліджувалися у працях Н.С. Кузнецової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, Р.А. Майданика, І.А. Безклубого, В.В. Луця, В.І. Борисової та інших вчених. Водночас, незважаючи на активний науковий інтерес до питань цивільно-правової відповідальності у сфері перевезень, ряд теоретичних питань досі залишаються певною мірою невирішеними.

Отже, **метою** цієї статті є аналіз окремих аспектів цивільно-правової відповідальності авіаперевізника за порушення зобов'язань у сфері перевезення пасажирів та багажу.

Виклад основного матеріалу. Аналізуючи цивільно-правову відповідальність авіаперевізника, слід зазначити, що сфера авіаперевезень характеризується множинністю джерел правового регулювання та подвійністю їх системи, адже включає в себе як акти національного законодавства, так і міжнародно-правові акти. Так, до національних джерел правового регулювання авіаперевезень слід віднести Цивільний кодекс України, Повітряний кодекс України, Авіаційні правила України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу», затверджені Наказом Державної авіаційної служби України від 26 листопада 2018 р. № 1239 (далі також – Авіаційні правила) тощо. Серед міжнародних актів, які регулюють відносин щодо відповідальності авіаперевізника за затримку, втрату чи пошкодження багажу, насамперед слід назвати Конвенцію про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень (Монреальська конвенція), яка набрала чинності для України 6 травня 2009 р., Загальні умови перевезень пасажирів і багажу, встановлені Міжнародною асоціацією повітряного транспорту («General Conditions of Carriage (Passenger and Baggage)», IATA).

Відповідно до ст. 910 ЦК України за договором перевезення пасажирів одна сторона (перевізник) зобов'язується перевезти другу сторону (пасажирів) до пункту призначення, а в разі здавання багажу – також доставити багаж до пункту призначення та видати його особі, яка має право на одержання багажу, а пасажир зобов'язується сплатити встановлену плату за проїзд, а у разі здавання багажу – також за його провезення. Укладення договору перевезення пасажирів та багажу підтверджується видачею відповідно квитка та багажної квитанції, форми яких встановлюються відповідно до транспортних кодексів (статутів)¹.

© Б.О. Соловійов, 2020

* *Borys Soloviov, Postgraduate student of the Institute of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Більш детальне визначення закріплено у ст. 98 Повітряного кодексу України, у якій зазначається, що повітряні перевезення виконуються на підставі договору між авіаперевізником та пасажиром. Документами на повітряне перевезення при перевезенні пасажирів є квиток (паперовий або електронний), а при перевезенні речей як багажу пасажирів – багажна квитанція (паперова або електронна)².

Цивільний кодекс України також визначає строк доставки багажу та пасажирів. Так, перевізник зобов'язаний доставити багаж, пасажирів до пункту призначення у строк, встановлений договором, якщо інший строк не встановлений транспортними кодексами (статутами), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них, а в разі відсутності таких строків – у розумний строк (ст. 919 ЦК).

Загальні положення про відповідальність перевізника закріплені у ст. ст. 922, 924 ЦК України. Аналіз цих правових норм дає підстави зробити висновок про властиву для цивільних правовідносин, що виникають з приводу затримки пасажирів, втрати багажу, презумпцію вини перевізника, зміст якої визначений законодавцем у ст. 614 ЦК України.

Так, відповідно до ст. 922 ЦК України за затримку у відправленні транспортного засобу, що перевозить пасажирів, або запізнення у прибутті такого транспортного засобу до пункту призначення перевізник сплачує пасажирів штраф у розмірі, встановленому за домовленістю сторін, транспортними кодексами (статутами), якщо перевізник не доведе, що ці порушення сталися внаслідок непереборної сили, усунення несправності транспортного засобу, яка загрожувала життю або здоров'ю пасажирів, або інших обставин, що не залежали від перевізника. У разі відмови пасажирів від перевезення з причини затримки відправлення транспортного засобу перевізник зобов'язаний повернути пасажирів провізну плату. Якщо поїздка пасажирів з пункту пересадки не відбулася внаслідок запізнення транспортного засобу, який доставив його у цей пункт, перевізник зобов'язаний відшкодувати пасажирів завдані збитки.

Водночас перевізник відповідає за збереження багажу з моменту прийняття його до перевезення та до видачі одержувачеві, якщо не доведе, що втрата, нестача, псування або пошкодження багажу сталися внаслідок обставин, яким перевізник не міг запобігти та усунення яких від нього не залежало. Перевізник відповідає за втрату, нестачу, псування або пошкодження прийнятого до перевезення багажу у розмірі фактичної шкоди, якщо не доведе, що це сталося не з його вини (ст. 924 ЦК України).

Майже тотожна за змістом правова норма закріплена у главі 2 розділу XXVI Авіаційних правил, згідно із якою авіаперевізник відповідає за шкоду, заподіяну внаслідок затримки в повітряному перевезенні пасажирів і багажу, якщо не доведе, що він, його працівники та агенти з продажу та/або обслуговування вжили всіх можливих заходів для того, щоб уникнути шкоди, або що він (вони) не мав (мали) змоги вжити таких заходів. За неналежне перевезення пасажирів і багажу авіаперевізник відшкодовує тільки реальні збитки, доведені пасажиром, але в межах відповідальності за шкоду, встановлену цими Авіаційними правилами³.

Проаналізуємо положення Авіаційних правил щодо поняття та правових наслідків затримки у перевезенні пасажирів більш детально.

На жаль, Авіаційні правила не містять легального визначення поняття затримки рейсу. Так, у главі 4 розділу XV Авіаційних правил лише передбачається, що за умови затримки рейсу авіаперевізник зобов'язаний надати пасажирів харчування та прохолодні напої і можливість здійснити два безкоштовних дзвінки або відправити телекс-, факс-повідомлення чи повідомлення електронною поштою, якщо для цього є технічні умови, у разі затримки рейсу на строк від двох годин. Якщо виконання затриманого рейсу відкладається на наступний день за днем його виконання, передбаченим розкладом і зазначеним у квитку, авіаперевізник повинен надати пасажирів номери у готелі, харчування та забезпечити трансфер за маршрутом: аеропорт – готель – аеропорт.

Варто зауважити, що відповідальність авіаперевізника за шкоду, заподіяну внаслідок затримки під час повітряного перевезення пасажирів будь-якими рейсами, обмежується сумою 4694 СПЗ щодо кожного пасажирів, що приблизно дорівнює 192 тис. грн (глава 5 розділ XXVI Авіаційних правил). Перерахунок сум, зазначених у СПЗ, у національну валюту здійснюється відповідно до вартості валют у СПЗ згідно з курсом Національного банку України на дату ухвалення судового рішення чи прийняття авіаперевізником рішення щодо претензії пасажирів.

Проаналізуємо також поняття та правові наслідки затримки або пошкодження багажу. Так, відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 1 Повітряного кодексу України багаж – предмети, майно та інші особисті речі пасажирів або члена екіпажу, що перевозяться на борту повітряного судна. Повітряний кодекс України визначає три види багажу: зареєстрований багаж, несупроводжуваний багаж та ручну поклажу (незареєстрований багаж). Під зареєстрованим багажем слід розуміти багаж пасажирів, прийнятий перевізником під свою відповідальність для перевезення та своєчасної доставки, на який перевізник оформив багажну квитанцію та видав багажну ідентифікаційну бирку. Слід підкреслити, що багажна квитанція є частиною квитка, що засвідчує прийняття до перевезення саме зареєстрованого багажу. Разом із тим несупроводжуваний багаж – це багаж, який прийнято до перевезення окремо від пасажирів і оформлено за авіаційною вантажною накладною, що є документом, оформленим вантажовідправником чи іншою особою від його імені, який засвідчує укладення договору про перевезення і прийняття вантажу до перевезення на умовах, визначених у такому договорі. Ручна поклажа (незареєстрований багаж) – це багаж пасажирів, який під час перевезення перебуває в салоні повітряного судна за згодою перевізника і під контролем пасажирів та засвідчується спеціальною биркою.

Так, відповідно до п. 3 глави 3 розділу XXVII Авіаційних правил багаж вважається втраченим, якщо його не виявлено за результатами розшуку протягом 21 календарного дня з дати, наступної за тією, коли

багаж повинен був прибути до місця призначення. Водночас перевізник наділений правом визнати багаж втраченим, не чекаючи спливу 21-денного строку. Саме з моменту визнання багажу втраченим пасажир має право пред'явити перевізнику претензію щодо втрати багажу.

Ведучи мову про межі відповідальності перевізника, важливою умовою для притягнення авіаперевізника до цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану багажу, є загальне правило, згідно з яким авіаперевізник відповідає за шкоду, заподіяну в разі знищення, втрати або пошкодження зареєстрованого багажу, виключно у разі, якщо дія, яка спричинила знищення, втрату або пошкодження багажу, відбулась на борту повітряного судна або у період часу, коли авіаперевізник був відповідальним за збереження зареєстрованого багажу.

Відповідно до ст. 22 Монреальської конвенції відповідальність перевізника у випадку знищення, втрати, пошкодження або затримки в перевезенні багажу обмежується сумою 1000 спеціальних прав запозичення (приблизно 41 тис. грн) стосовно кожного пасажирів, за винятком випадків, коли пасажир зробив у момент передачі зареєстрованого багажу перевізнику особливу заяву про заінтересованість у доставці та сплатив додатковий збір⁴. Подібне правило закріплено у Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу, однак межа відповідальності перевізника трохи вища – 1131 СПЗ (приблизно 46 тис. грн) (п. 2 глави 5 розділу XXVI Авіаційних правил).

З приводу затримки багажу діє інше правило. Компенсація за затримку в перевезенні багажу встановлюється, виходячи з необхідності забезпечити пасажирів засобами першої потреби. З цією метою компенсація пропонується пасажирів у разі неприбуття багажу в пункт призначення разом із пасажиром, якщо пункт призначення не є місцем постійного проживання пасажирів. У будь-якому разі така компенсація обмежується сумою 50 доларів США (або еквівалентом в іншій валюті). Однак перевізник не несе відповідальності за шкоду, заподіяну внаслідок затримки багажу, якщо доведе, що він, його службовці та агенти з обслуговування вжили всіх заходів, які могли б бути необхідними для того, щоб уникнути шкоди, або що для нього (них) було неможливо вжити таких заходів.

Важливо пам'ятати, що відповідальність перевізника в разі перевезення багажу із заявленою цінністю визначається сумою заявленої цінності багажу.

Якщо відповідальність перевізника за неналежне перевезення у будь-якому випадку обмежується реальними збитками, доведеними пасажиром, то у випадку пошкодження багажу мають місце деякі винятки. Так, відповідно до п. 5 глави 3 розділу XXVII Авіаційних правил авіаперевізник не відповідає за такі види пошкодження багажу: зламані коліщата та ніжки валіз, сумок тощо; загублені ремінці та петельки; незначні потертості або подряпини, пошкодження як результат надмірного наповнення валізи; пошкодження ручки валізи або сумки; пошкодження крихких речей або продуктів, що швидко псуються; пошкодження предметів, які неналежно упаковані.

Проаналізуємо порядок захисту порушених прав пасажирів. Авіаційні правила передбачають, що будь-яку претензію щодо неналежного перевезення пасажирів або багажу має бути подано авіаперевізнику письмово та вручено або відправлено у строки, передбачені Монреальською конвенцією та чинним законодавством України. До претензії мають бути додані всі необхідні документи, що підтверджують права пасажирів вимагати відшкодування залежно від того, щодо чого висувається претензія, у тому числі квиток (маршрут-квитанція), фіскальні чеки оплати послуг (окрім послуг таксі), квитанція про оплату наднормового багажу, відривний талон багажної ідентифікаційної бирки, акт про неналежне перевезення багажу (PIR – Property Irregularity Report), акт пошкодження багажу (DBR – Damage Baggage Report), довідки про затримки та інші документи, що можуть прискорити розгляд претензійних вимог. Суму претензії має довести заінтересована особа.

Відповідно до ст. 31 Монреальської конвенції у випадку пошкодження багажу особа, яка має право на його отримання, повинна надіслати перевізнику претензію негайно після виявлення пошкодження й не пізніше семи днів з дати отримання зареєстрованого багажу. У випадку затримки претензія має бути заявлена не пізніше 21 дня з дати, коли багаж був переданий у його розпорядження. Претензії щодо втрати багажу висуваються до перевізника після того, як багаж буде визнано втраченим. Слід підкреслити, що відсутність надісланої перевізнику претензії при міжнародних повітряних перевезеннях позбавляє пасажирів звертатися до суду з позовом до перевізника щодо неналежного перевезення багажу, крім випадків застосування перевізником обману. Водночас висування претензій щодо неналежного перевезення багажу на внутрішніх рейсах здійснюється відповідно до чинного законодавства України.

Разом із тим варто звернути увагу, що позови про відповідальність авіаперевізника під час міжнародних перевезень щодо неналежного перевезення пасажирів або багажу мають бути подані за вибором позивача до суду за місцезнаходженням (реєстрацією) авіаперевізника, за місцем його основної діяльності (головного офісу) або за місцем, де знаходиться підприємство, через яке було укладено договір повітряного перевезення, або до суду місця призначення перевезення протягом двох років з дати прибуття до місця призначення, або з дати, коли повітряне судно мало прибути до місця призначення, або з дати, коли припинилося перевезення. Для рейсів у межах України позови до перевізників, що виникають з договору повітряного перевезення пасажирів і багажу, пред'являються за місцезнаходженням авіаперевізника. Позови про відповідальність авіаперевізника щодо неналежного перевезення пасажирів можуть бути подані у встановлені чинним законодавством строки без попереднього висування претензії до авіаперевізника. Отже, для цієї категорії справ передбачена альтернативна підсудність за вибором пасажирів.

У разі якщо знищення, втрати, пошкодження, затримки в перевезенні багажу мало місце при послідовному перевезенні, пасажир має право подати позов до першого чи останнього перевізника, а також до перевізника, який виконував перевезення, під час якого сталися знищення, втрата, пошкодження, затримка в перевезенні.

Слід зазначити, що Монреальською конвенцією передбачений спеціальний строк позовної давності, що становить два роки. Так, згідно із ст. 35 Конвенції право на відшкодування шкоди втрачається, якщо позов про відповідальність перевізника не подано протягом двох років з дати прибуття за призначенням або з дати, коли повітряне судно повинно було прибути, чи з дати зупинки перевезення.

На сьогодні одним із найбільш актуальних є питання компенсації моральної шкоди, завданої пасажиру у зв'язку з невиконанням авіаперевізником своїх зобов'язань. Однак, на жаль, ні Монреальська конвенція, ні Повітряний кодекс України, ні Авіаційні правила не передбачають можливості компенсації завданої пасажиром моральної шкоди. Відповідно до п. 2 глави 2 розділу XXVI Авіаційних правил за неналежне перевезення пасажирів і багажу авіаперевізник відшкодовує тільки реальні збитки, доведені пасажиром, але в межах відповідальності за шкоду, встановлену цими Авіаційними правилами. З цього приводу актуальним є дослідження питання щодо можливостей застосування до вищевказаних правовідносин положень Закону України «Про захист прав споживачів», у ст. ст. 4, 22 якого передбачено право споживача на компенсацію завданої йому моральної шкоди⁵.

Така позиція поширена і в судовій практиці. Так, відповідно до постанови Верховного Суду від 17 вересня 2018 р. у справі № 761/46018/16-ц Суд звертає увагу, що правовідносини сторін в галузі міжнародних авіаперевезень пасажирів та багажу не регулюються цивільним законодавством України та/або Законом України «Про захист прав споживачів», тому що ці правовідносини належать до галузі міжнародного приватного права та відповідно регулюються спеціальною міжнародною конвенцією, а саме Монреальською конвенцією про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень від 28 травня 1999 р.⁶

Монреальська конвенція не містить положень щодо компенсації моральної шкоди у правовідносинах в галузі міжнародного повітряного права, проте у зазначених міжнародних нормативних актах вичерпно врегульовується питання щодо форми, підстав та розміру відповідальності авіаперевізника у разі затримки пасажирів та їх багажу.

Нормами Монреальської конвенції та Повітряного кодексу України, умовами договору перевезення, укладеного з позивачами, не передбачено компенсації моральної шкоди. Також зазначено, що моральна шкода не може бути визначена та відшкодована, оскільки норми ЦК України не розповсюджуються на правовідносини, що виникли між сторонами, а вищу юридичну силу має Монреальська конвенція, нормами якої не передбачено компенсації моральної шкоди.

Відповідальність авіаперевізника за вказаною Конвенцією обмежена реальними збитками, доведеними пасажиром. Доказів, що підтверджують витрати у зв'язку з фактичними реальними збитками, пов'язаних із затримкою рейсу та багажу, позивачами не надано.

Звичайно, погодитися з такою позицією доволі важко. На нашу думку, при вирішенні питання про компенсацію моральної шкоди, завданої пасажиру у зв'язку із порушеннями зобов'язання, що сталося з вини авіаперевізника, застосування буквального способу тлумачення не є доречним, адже недоцільно ставити існування суб'єктивного цивільного права, яким є право на компенсацію моральної шкоди, в залежність від відповідної вказівки на це право в актах законодавства. Аналогічної позиції притримуються і представники доктрини, зокрема Н. С. Кузнєцова⁷ та інші⁸.

Враховуючи вищенаведене, вважаємо правильною правову позицію Великої Палати Верховного Суду, сформульовану у постанові від 1 вересня 2020 р. у справі № 216/3521/16-ц⁹.

Так, виходячи з положень ст. ст. 16 і 23 ЦК України та змісту права на компенсацію моральної шкоди в цілому як способу захисту суб'єктивного цивільного права, компенсація моральної шкоди повинна відбуватися у будь-якому випадку її спричинення – право на компенсацію моральної (немайнової) шкоди виникає внаслідок порушення права особи незалежно від наявності спеціальних норм цивільного законодавства.

Статті 4 та 22 Закону про захист прав споживачів прямо передбачають право споживача на компенсацію моральної шкоди у правовідносинах між споживачами та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг. Так, вирішуючи спір щодо компенсації моральної шкоди за порушення споживчого договору, суди мають враховувати, що моральна шкода за порушення цивільно-правового договору як спосіб захисту суб'єктивного цивільного права може бути компенсована і в тому разі, якщо це прямо не передбачено законом або тим чи іншим договором, і підлягає стягненню на підставі ст. ст. 16 та 23 ЦК України і ст. ст. 4 та 22 Закону про захист прав споживачів навіть у тих випадках, коли умовами договору право на компенсацію моральної шкоди не передбачено.

Аргументація прийнятої постанови детально викладена в ухвалі Касаційного цивільного суду від 13 листопада 2019 р., якою справу № 216/3521/16-ц було передано на розгляд Великій Палаті Верховного Суду¹⁰.

Так, на особливу увагу заслуговує положення, що структурно норми цивільного законодавства щодо відшкодування збитків і майнової шкоди, з однієї сторони, та компенсації моральної (немайнової) шкоди, з іншої сторони, інтегровані у ЦК України абсолютно ідентичним способом:

– книга перша ЦК України містить положення про відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди (ст. 22) нарівні з нормами про компенсацію моральної шкоди (ст. 23). Так само від-

шкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди й відшкодування моральної шкоди визначені як однорівневі способи захисту суб'єктивних цивільних прав і законних інтересів особи (ч. 2 ст. 16 ЦК України);

– розділ 1 «Загальні положення про зобов'язання» Книги п'ятої «Зобов'язальне право» ЦК України у п. 4 ч. 1 ст. 611 ЦК також визначає відшкодування збитків та моральної шкоди як однопорядкові наслідки порушення зобов'язання, не визначаючи різних та особливих умов для застосування таких заходів несправного боржника як збитки та відшкодування моральної шкоди. Адже формулювання абз. 1 ч. 1 ст. 611 ЦК України «встановлені договором або законом» рівною мірою стосується відшкодування як збитків, так і моральної шкоди;

– визначені ЦК України загальні умови відшкодування майнової (ст. 1166) та моральної (ст. 1167) шкоди в недоговорних зобов'язаннях також не містять особливих умов допустимості відшкодування останньої порівняно із першою.

Водночас тлумачення ст. 23 ЦК України свідчить, що вона є нормою, сфера дії якої поширюється на будь-які цивільно-правові відносини, у яких особі було завдано моральної шкоди. Це, зокрема, підтверджується тим, що законодавець вживає формулювання «особа має право на відшкодування моральної шкоди, завданої внаслідок порушення її прав». Тобто можливість стягнення компенсації моральної шкоди ставиться в залежність не від того, що це передбачено тією чи іншою нормою закону або положеннями договору, а від власне факту порушення цивільного права особи.

Висновки. Аналіз законодавства України в частині цивільно-правової відповідальності авіаперевізника за порушення зобов'язань у сфері перевезення пасажирів та багажу дає підстави для висновку, що норми національного законодавства у цілому відповідають міжнародним актам у сфері авіаперевезень. Варто звернути увагу на властиву для цивільних правовідносин, що виникають з приводу цивільно-правової відповідальності авіаперевізника, презумпцію вини останнього, нормативне закріплення меж відповідальності перевізника та спеціальний порядок захисту порушених прав пасажирів. Разом із тим актуальним є питання компенсації моральної шкоди, завданої пасажиру як споживачу послуг з перевезення внаслідок неналежного виконання авіаперевізником своїх зобов'язань. Судова практика, що склалася з цього питання, не є однозначною та усталеною. Однак сформульована Великою Палатою Верховного Суду правова позиція щодо можливості компенсації моральної шкоди за відсутності закріплення такого права особи в спеціальних актах цивільного законодавства, на нашу думку, є абсолютно правильною та прогресивною.

¹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

² Повітряний кодекс України : Закон України від 19 травня 2011 р. № 3393-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 48–49. Ст. 536.

³ Авіаційні правила України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу», затверджені Наказом Державної авіаційної служби України від 26 листопада 2018 р. № 1239. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0141-19#Text> (дата звернення: 27.12.2020).

⁴ Конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень від 28 травня 1999 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_594#Text (дата звернення: 27.12.2020).

⁵ Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. Ст. 379.

⁶ Постанова Верховного Суду від 17 вересня 2018 р. у справі № 761/46018/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77456022> (дата звернення: 28.12.2020).

⁷ Кузнецова Н.С. Вибрані праці. Київ : ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 115.

⁸ Надьон В.В. Зв'язок суб'єктивного цивільного обов'язку з нормою права та правовідносинами. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 1. С. 167.

⁹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 1 вересня 2020 р. у справі № 216/3521/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91644731> (дата звернення: 28.12.2020).

¹⁰ Ухвала Верховного Суду від 13 листопада 2019 року у справі № 216/3521/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85678980> (дата звернення: 28.12.2020).

Резюме

Соловійов Б.О. Цивільно-правова відповідальність авіаперевізника: окремі аспекти.

У статті проаналізовано теоретичні та практичні проблеми цивільно-правової відповідальності авіаперевізника за порушення зобов'язань у сфері перевезення пасажирів і багажу, положення національного законодавства та міжнародно-правових актів. Визначено межі відповідальності авіаперевізника, порядок захисту прав пасажирів у разі затримки відправлення пасажирів та порушення строку його доставляння до пункту призначення, затримки, втрати чи пошкодження багажу. Визначено основні підходи та позиції судової практики щодо вирішення окремих проблем цивільно-правової відповідальності авіаперевізника. Особлива увага звертається на питання компенсації моральної шкоди, завданої пасажиру як споживачу послуг з перевезення внаслідок неналежного виконання авіаперевізником своїх зобов'язань.

Ключові слова: цивільно-правова відповідальність авіаперевізника, авіаперевезення, пасажир, багаж, презумпція вини перевізника, авіаційні правила, Монреальська конвенція.

Резюме

Соловьев Б.О. Гражданско-правовая ответственность авиаперевозчика: отдельные аспекты.

В статье проанализированы теоретические и практические проблемы гражданско-правовой ответственности авиаперевозчика за нарушение обязательств в сфере перевозки пассажиров и багажа, положения национального законодательства и международно-правовых актов. Определены границы ответственности авиаперевозчика, порядок защиты прав пассажира в случае задержки отправления пассажира и нарушение срока его доставки в пункт назначения, задержки, потери или повреждения багажа. Определены основные подходы и позиции судебной практики по решению отдельных проблем гражданско-правовой ответственности авиаперевозчика. Особое внимание обращается на вопросы компенсации морального вреда, причиненного пассажиру как потребителю услуг по перевозке вследствие ненадлежащего исполнения авиаперевозчиком своих обязательств.

Ключевые слова: гражданско-правовая ответственность авиаперевозчика, авиаперевозки, пассажир, багаж, презумпция вины перевозчика, авиационные правила, Монреальская конвенция.

Summary

Borys Soloviov. Civil liability of an air carrier: certain aspects.

Nowadays the processes of democratization, liberalization, integration of Ukraine into European and world space take place. The undisputed significance for these processes is the signing of the Association Agreement between Ukraine and the European Union. Thus, the rapprochement of Ukraine with the European community, which has taken place in recent years, affects the sphere of private law relations, which make up the subject matter of civil law. All mentioned above facts affect the development of infrastructure in Ukraine. That is why the issues related to the legal regulation of air transportation activity, including civil responsibility of air carrier, are relevant.

Having analyzed current doctrine of civil law, we can conclude that nowadays researchers are paying more attention to a deep understanding and study of the general provisions of civil liability of the air carrier in general and various aspects and problematic issues of it in particular. Special attention is paid to responsibility for the delays in the departure of a passenger and violation of the estimated delivery time, delays, loss or damage to baggage caused by improper performance of air carrier's obligations under the contract.

To our mind, one of the main problems of the air transportation disputes regarding indemnification refers to the legislation applied. The fact is that courts tend to use legislation limiting legal opportunities for protection of rights and legally protected interests.

The main approaches of judicial practice regarding certain problems of civil liability of an air carrier have been determined. Particular attention is paid to the issues of compensation for moral damage caused to a passenger as a consumer of transportation services as a result of improper performance by the air carrier of its obligations.

It is important to stress that analysis of various court decisions gives ground to conclude that compensation for moral damage caused to a passenger is an open question which should be answered. Nevertheless, court practice has been changed recently. Legal position formed by the Supreme Court regarding the possibility of compensation for moral damage in case the absence of enshrining such a person's right in special acts of civil law, in our opinion, is absolutely correct and progressive.

Key words: civil liability of an air carrier; air transportation; passenger; luggage; presumption of the carrier's guilt; aviation regulations; Montreal Convention.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.51

УДК 347.412

Я.Є. ФОМЕНКО

*Ярина Євгеніївна Фоменко, аспірантка Львівського державного університету внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0002-7723-2446

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕНІ ЯК ВИДУ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ГРОШОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Умови сучасного життя так чи інакше спонукають до оформлення договірних правовідносин. Сьогодні важко уявити життя без застосування договору. Сучасному суспільному устрою притаманне розширення сфери договору: невпинний розвиток сприяє оформленню щоразу нових правовідносин із досі невідомим предметом регулювання. Будь-якому суспільству притаманні як статусні, так і договірні відносини, а перехід від субординації й підпорядкування до договорів все ж таки вважається загальною лінією розвитку¹. Як влучно зазначив С.П. Погребняк, здатність до реалізації інтересів під власну відповідальність є основою договору, а зв'язаність договором і відповідальність становлять його неминучі наслідки². Останній може виражатися в усній чи письмовій формі, бути одностороннім чи багатостороннім, встановлювати, змінювати чи припиняти цивільні права та обов'язки. Та одне залишається незмінним – наявність відповідальності за невиконання або неналежне виконання положень договору.

© Я.Є. Фоменко, 2020

* *Yaryna Fomenko, Postgraduate Student of Lviv State University of Internal Affairs*

Саме договірні санкції є одними із найважливіших частин договору, оскільки спонукають дотримуватись зобов'язань сторонами. Погоджуємось із О.В. Денисенком про те, що штрафні санкції виступають зручним і оперативним засобом компенсації втрат потерпілої сторони (кредитора), оскільки їх стягнення можливе лише за сам факт порушення договірних зобов'язань, тобто відповідає необхідність доведення наявності збитків та недоотримання прибутку тощо. Крім цього, штрафні санкції мають подвійну правову природу – вони виступають одночасно засобом забезпечення виконання зобов'язань і мірою відповідальності для несумлінного контрагента³. Відповідальність за порушення грошових зобов'язань характеризується суперечливими нормативно-правовими положеннями та неоднозначною судовою практикою. На підставі теоретичного аналізу необхідно виробити потрібні практики науково обгрунтовані пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення правотворчої і правозастосовної діяльності. Законодавство є високоорганізованою, цілісною, органічною системою, яка повинна мати такі інтегруючі ознаки, як гнучкість, гармонійність і несуперечність усіх елементів. Така правова ситуація потребує детального теоретичного переосмислення та нормативного удосконалення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням окремих важливих питань цієї теми займався науковець Л.А. Лунц у своїх монографіях «Гроші і грошові зобов'язання. Юридичне дослідження» і «Грошове зобов'язання в цивільному і колізійному праві капіталістичних країн». Важливий внесок у розвиток теорії грошових зобов'язань з погляду цивілістичних позицій зробили російські правознавці, а саме: В.А. Белов, Д.Г. Лавров, Л.О. Новосьолова та деякі інші. В українському науково-правовому просторі дослідження окремих проблем цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань здійснено в роботах О.П. Подцерковного, І.А. Безклубого, О.І. Шаповалової та інших. У цивільно-правовій науці України не проводилося комплексного дослідження пені як виду цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань в Україні, лише розглядалися окремі аспекти.

Формулювання мети статті. Мета цієї статті полягає в тому, щоб дослідити юридичні характеристики та особливості пені як виду цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань в Україні, сформулювати за результатами теоретичного дослідження висновки та пропозиції, які зможуть бути використані для загальнотеоретичних напрацювань та вдосконалення норм права у сфері цивільно-правової відповідальності за невиконання грошових зобов'язань.

Виклад основного матеріалу. У цій статті ми зосередимо свою увагу на застосуванні пені як виду цивільно-правової відповідальності за порушення одних із найпоширеніших – грошових зобов'язань. Основною дефініцією досліджуваної сфери є поняття «пені». Насамперед варто зауважити, що «пеня» як вид договірної відповідальності за невиконання зобов'язання регулюється у таких кодифікованих актах, як Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) та Господарський кодекс України (далі – ГК України). У цьому аспекті звертаємо увагу на проблематику співвідношення норм ЦК України та ГК України, яке має велике практичне значення. Згідно з визначенням предмета правового регулювання ЦК України до відносин, що ним регулюються, належать особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників⁴. При цьому предметом правового регулювання ГК України виступають майнові правовідносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності саме між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання⁵. Тобто можливість ГК України регулювати особливості правовідносин суб'єктів господарювання само по собі не заперечує розповсюдження на них загальних норм ЦК України. Відповідно до ч. 2 ЦК України законом можуть бути передбачені деякі інші особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Проте тут йдеться лише про особливості, а не про встановлення зовсім іншого правового механізму для регулювання приватних відносин у підприємницькій сфері. При встановленні цих особливостей не можуть порушуватися загальні засади цивільного законодавства чи викривлятися основні категорії приватного права. Тут ще раз слід наголосити, що положення законів (у тому числі кодексів) у сфері господарювання не діють, якщо вони суперечать ідеям та принципам ЦК України⁶. Водночас дублювання та встановлення різних підходів до регулювання однорідних правовідносин породжує суперечності, які, зокрема, досліджуються в цій статті.

ЦК України згадує пеню як складову частину неустойки, що обчислюється у відсотках від суми несвоечасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання⁷. У свою чергу ГК України оперує поняттям штрафних санкцій, що визнаються господарськими санкціями у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити в разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання⁸. Синтетичний аналіз правових положень дає зрозуміти: в першому випадку штраф та пеня є складовими неустойки, а в другому – неустойка, штраф та пеня вживаються як однопорядкові терміни. Так, у розумінні цивільного кодексу штраф і пеня розглядаються як різновиди неустойки, а у господарському – неустойка розглядається як окремий вид штрафних санкцій. Така ситуація вносить ускладнення для розуміння правових понять та потребує нормативної деталізації таких положень в актах законодавства.

Порівнюючи нормативні положення у згаданих кодексах щодо регулювання пені, можна звернути увагу на такі відмінності. У першу чергу, дослівне розуміння положення ЦК України зводиться до наступних характерних ознак пені: встановлюється у відсотках; обчислюється від суми несвоечасно виконаного грошового зобов'язання; обраховується за кожен день прострочення виконання. При цьому в ГК України вказується, що розмір такої санкції може бути встановлено договором у відсотковому відношенні до суми невикона-

ної частини зобов'язання або в певній, визначеній грошовій сумі, або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання незалежно від ступеня його виконання, або в кратному розмірі до вартості товарів (робіт, послуг)⁹. Тобто в першому випадку цивільне законодавство прив'язує застосування пені до грошових зобов'язань, а господарський кодекс окремо про грошові зобов'язання не згадує. Також, за загальним правилом ЦК України, неустойка (у тому числі пеня) підлягає стягненню за порушення зобов'язання у повному розмірі незалежно від відшкодування збитків¹⁰. На відміну від цього, у ГК України передбачено, що збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями¹¹.

Принагідно зазначаємо про різний порядок нарахування штрафних санкцій. Так, за загальним правилом ГК України, нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання, якщо інше не встановлено законом або договором, припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання мало бути виконано¹². Отже, вирішуючи господарські спори про стягнення штрафних санкцій, судді керуються приписами ч. 6 ст. 232 ГК України щодо обмеження шестимісячним строком періоду нарахування пені, а також сприймають момент початку її нарахування – з дня, коли зобов'язання мало бути виконано¹³. Натомість ЦК України встановлює позовну давність для стягнення пені – один рік¹⁴. Схожа ситуація склалась із правовим регулюванням розміру пені у грошових зобов'язаннях. ЦК України за загальним правилом немає обмеження, крім деяких випадків, передбачених законом. У свою чергу, в Господарському кодексі зазначається гранична межа нарахування пені – не більше подвійної облікової ставки Національного банку України (далі – НБУ), що діяла у період, за який сплачується пеня. Водночас у Законі України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» дублюється положення щодо неможливості встановлювати розмір пені, що буде перевищувати подвійну облікову ставку НБУ, що діяла у період, за який сплачується пеня¹⁵. Також у судовій практиці було наголошено про необхідність вказувати у договорах розмір пені у випадку відсутності конкретно визначеного її розміру в законі. Оскільки частина шоста ст. 231 ГК України не встановлює розмір штрафної санкції за порушення грошового зобов'язання, а визначає певний спосіб її формування (у відсотковому відношенні, розмір відсотків визначається через облікову ставку Національного банку України), а відтак не може бути застосоване у даному випадку посилення на згадану статтю як законна підстава для визначення розміру стягуваної пені¹⁶. Втім, це не остання правова проблематика. Колізійність виникає й щодо регулювання стягнення збитків та неустойки. У сфері цивільних правовідносин, неустойка підлягає стягненню незалежно від відшкодування збитків згідно з ч. 1 ст. 624 ЦК України. У господарських – збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями відповідно до ч. 1 ст. 232 ГК України. Вищезазначене дає підстави для двоякого розуміння. У цьому аспекті виникають питання, зокрема, щодо: 1) нарахування пені у випадку порушення негрошового зобов'язання; 2) одночасного застосування штрафу та пені за один і той самий вид порушення; 3) обмеження розміру пені подвійною обліковою ставкою НБУ.

З одного боку, можна говорити про свободу договору, з іншого – про наявність в господарському законодавстві спеціальних норм, що регламентують застосування пені. Перший підхід наголошує про можливість учасниками господарських правовідносин на свій розсуд встановлювати та розподіляти відповідальність між собою. Тим не менш, з цього приводу необхідно зазначити, що закріплені законодавцем принципи свободи договору має й свої обмеження. Так, сторони не можуть відступати від положень актів цивільного законодавства у випадку наявності в акті цивільного законодавства прямої вказівки про неможливість сторін відступати від його конкретного імперативного положення¹⁷. Аналізуючи ст. 549 ЦК України, можна стверджувати, що прямої заборони відступати сторонам від положень цієї статті немає. Другий підхід акцентує увагу на тому, що Господарський кодекс є спеціальним актом законодавства порівняно із Цивільним кодексом. Відтак, перший містить особливі положення, які регулюють конкретні правовідносини. Наприклад, можливість застосування пені не лише у грошових зобов'язаннях, як це передбачає Цивільний кодекс. Зазначене підтримується й у судовій практиці, зокрема, нещодавно Верховним Судом було вказано, що пеня може бути застосована не тільки до грошових, а й до інших зобов'язань (в тому числі – до несвоєчасно виконаних зобов'язань щодо здійснення будівельних робіт)¹⁸. Таким чином, проведене тлумачення загальних положень кодифікованих актів та ст. 549 ЦК надає можливість зробити висновок, що сторони в договорі можуть забезпечити за допомогою пені й негрошове зобов'язання.

Тим не менш, у зв'язку із відсутністю визначень кожного із штрафних санкцій окремо в ГК України, залишається неочевидним, який саме зміст вкладав, зокрема, у поняття «неустойки» законодавець. Наприклад, у 2011 р. Вищим господарським судом України було зазначено, що право учасників господарських правовідносин встановлювати інші, ніж передбачено Цивільним кодексом України, види забезпечення виконання зобов'язань визначено частиною другою ст. 546 Цивільного кодексу України, що узгоджується із принципом свободи договору. Тому суб'єкти господарських відносин при укладенні договору наділені правом забезпечення виконання господарських зобов'язань шляхом встановлення окремого виду відповідальності – договірної санкції за невиконання чи неналежне виконання договірних зобов'язань. Важко повністю погодитися із такою позицією суду, оскільки така прогалина межує із можливістю встановлювати і неустойку, і пеню, і штраф за один вид договірного порушення, що на практиці може призводити до зловживання штрафними санкціями з боку кредитора. Вищезазначена проблематика яскраво відображена в судовій практиці. У більшості рішень судів з розгляду цивільних справ застосовується правова позиція щодо неможливості одночасного застосування штрафу та пені за одне й те саме порушення, оскільки штраф і пеня є одним видом цивільно-правової відповідальності¹⁹. Разом із тим у господарському судочинстві інша позиція, яка передбачає, що законодавство не встановлює для учасників господарських відносин обмежень передбачати в договорі мож-

ливність одночасного стягнення пені та штрафу, при цьому, вказуючи, що пеня та штраф є формами неустойки, а відповідно до ст. 230 ГК України – видами штрафних санкцій²⁰. І хоча наявна така статична позиція господарських судів, непоодинокими випадками є рішення судів господарської юрисдикції, у тексті яких пеня та штраф все ж зазначаються під загальним поняттям «неустойки» як її різновиди²¹. Усе вищезазначене породжує різні підходи при застосуванні неустойки, штрафу та пені.

Висновки. Термінологічне оформлення норм права у ГК України щодо відповідальності за невиконання грошових зобов'язань є дещо іншими, ніж ті, що передбачені ЦК України. Безперечно, зазначені проблеми можна вирішити шляхом теоретичного аналізу. На наш погляд, ЦК України є основним актом цивільного законодавства, відтак, у випадку наявності колізій із нормами ГК України слід віддавати перевагу нормам ЦК України. З метою ефективного вирішення спорів необхідно запровадити на національному рівні уніфікацію ЦК України з ГК України та встановити чіткі правила застосування пені за невиконання грошових зобов'язань. Проблемні та відкриті питання мають бути вирішені судовою практикою однаково та статично. З урахуванням подальшого усунення вищезазначених проблемних аспектів застосування пені може стати значно ефективнішим інструментом у сфері цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань.

¹ Примак Т.К. Інститут договору: теоретико-правові проблеми: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2008. С. 15.

² Договір як універсальна правова конструкція : монографія / А.П. Гетьман, В.І. Борисова, О.П. Євсєєв та ін. ; за ред. А.П. Гетьмана, В.І. Борисової. Харків : Право, 2012. 432 с. С. 18 (Серія «Харківська правова школа»).

³ Денисенко О.В. Специфіка функцій штрафних санкцій. *Економіка та право*. 2008. № 3. С. 132.

⁴ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України. Ст. 1. Ч. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n3103> (дата звернення: 07.12.2020).

⁵ Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України. Ст. 1. Ч. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#n2211> (дата звернення: 07.12.2020).

⁶ Кузнєцова Н.С., Довгерт А.С. Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми, перспективи. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2004. № 1. С. 58.

⁷ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України. Ст. 549. Ч. 3. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n3103> (дата звернення: 07.12.2020).

⁸ Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України. Ст. 230. Ч. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#n2211> (дата звернення: 07.12.2020).

⁹ Там само. Ст. 234. Ч. 4.

¹⁰ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України. Ст. 624. Ч. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n3103> (дата звернення: 08.12.2020).

¹¹ Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України. Ст. 232. Ч. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#n2211> (дата звернення: 08.12.2020).

¹² Там само. Ст. 232. Ч. 6.

¹³ Про доповнення інформаційного листа Вищого господарського суду України від 15.03.2011 № 01-06/249 «Про постанови Верховного Суду України, прийняті за результатами перегляду судових рішень господарських судів»: інформаційний лист ВГСУ від 22.01.2013 р. № 01-06/85/2013 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0085600-13#Text> (дата звернення: 13.12.2020).

¹⁴ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України. Ст. 258. Ч. 2. П. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n3103> (дата звернення: 08.12.2020).

¹⁵ Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань : Закон України від 22.11.1996 р. № 543/96-ВР / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/543/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 08.12.2020).

¹⁶ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 10.12.2019 р. у справі № 904/4156/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87053617> (дата звернення: 08.12.2020).

¹⁷ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV / Офіційний сайт Верховної Ради України. Ст. 6. Ч. 2. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#n3103> (дата звернення: 10.12.2020).

¹⁸ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 10.03.2020 р. у справі № 910/10581/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88149920> (дата звернення: 10.12.2020).

¹⁹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного цивільного суду від 25.11.2020 р. у справі № 265/7975/17 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217609> (дата звернення: 14.12.2020).

²⁰ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 12.12. 2019 р. у справі № 910/10939/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86305171> (дата звернення: 14.12.2020).

²¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 30.11.2020 р. у справі № 905/164/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93216970> (дата звернення: 16.12.2020).

Резюме

Фоменко Я.Є. Проблеми правового регулювання пені як виду цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань в Україні.

Ця стаття присвячена теоретичному дослідженню правового регулювання пені як виду цивільно-правової відповідальності за порушення грошових зобов'язань за законодавством України. Досліджено юридичні характеристики та особливості пені як виду цивільно-правової відповідальності.

За результатами здійсненого порівняльного аналізу нормативних положень у Цивільному та Господарських кодексах узагальнено та наголошено про такі відмінності та суперечності: а) різний підхід до визначення поняття «пені»; б) неоднаковий

підхід до питання видів зобов'язань, до яких можна застосовувати пеню; в) розбіжності в порядку нарахування пені за порушення грошового зобов'язання.

З метою ефективного вирішення спорів автором наголошується про необхідність запровадження на національному рівні уніфікації ЦК України з ГК України та встановлення чітких правил застосування пені за невиконання грошових зобов'язань.

Ключові слова: пеня, неустойка, грошове зобов'язання, вид цивільно-правової відповідальності, договірна відповідальність, договірні санкції, штрафні санкції.

Резюме

Фоменко Я.Е. Проблемы правового регулирования пени как вида гражданско-правовой ответственности за нарушение денежных обязательств в Украине.

Эта статья посвящена теоретическому исследованию правового регулирования пени как вида гражданско-правовой ответственности за нарушение денежных обязательств по законодательству Украины. Исследовано юридические характеристики и особенности пени как вида гражданско-правовой ответственности.

По результатам проведенного сравнительного анализа нормативных положений в Гражданском и Хозяйственном кодексе обобщено и отмечено о таких различиях и противоречиях: а) разный подход к определению понятия «пени»; б) неодинаковый подход к вопросу видов обязательств, к которым можно применять пеню; в) различия в порядке начисления пени за нарушение денежного обязательства.

С целью эффективного разрешения споров автором отмечается о необходимости введения на национальном уровне унификации ГК Украины с ХК Украины и установления четких правил применения пени за неисполнение денежных обязательств.

Ключевые слова: пеня, неустойка, денежное обязательство, вид гражданско-правовой ответственности, договорная ответственность, договорные санкции, штрафные санкции.

Summary

Yaryna Fomenko. Problems of legal regulation of delay interest as a type of civil liability for breach of monetary obligations in Ukraine.

This article is devoted to the theoretical study of the legal regulation of delay interest as a type of civil liability for breach of monetary obligations under Ukrainian law. It is the contractual sanctions, that are one of the most important parts of the contract as they induce the parties to comply with their obligations. In addition, sanctions are of a dual legal nature – they are both means of ensuring the performance of the obligations and a measure of liability for a dishonest contractor. Liability for breach of monetary obligations is characterized by conflicting legal provisions and ambiguous court practice. For example, under the Civil Code of Ukraine delay interest and a penalty are regarded as types of forfeit, while in the Economic Code of Ukraine forfeit is treated as a separate type of sanction. However, in the absence of separate definitions of each sanction in the Economic Code of Ukraine, it is unclear as to the meaning intended by the legislator in particular in the concept of “forfeit”. This situation complicates the understanding of legal concepts and requires a regulatory specification of such provisions in legislative acts. Based on the theoretical analysis, it is necessary to develop scientifically grounded proposals and recommendations for improvement of law making and law enforcement activities. The legal characteristics and peculiarities of the delay interest as a type of civil liability are investigated in the article.

As a result of a comparative analysis of the regulations in the Civil Code of Ukraine and the Economic Code of Ukraine, the following differences and contradictions were summarized and noted: a) different approach to the definition of “delay interest”; b) unequal approach to the question of types of obligations to which delay interest can be applied; c) differences in the calculating of delay interest for breach of a monetary obligation procedures.

In order to effectively resolve disputes, the author notes the need to implement unification of the Civil Code of Ukraine with the Economic Code of Ukraine at the national level and to establish clear rules for the application of delay interest for non-compliance with monetary obligations.

Key words: delay interest, forfeit, monetary obligation, type of civil liability, contractual liability, contractual sanctions, penal sanctions.

Д.О. ЯКОВЛЕВ

*Дмитро Олександрович Яковлев, аспірант
Національного юридичного університету імені
Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0002-9210-3220

**ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА СПЕЦИФІКА ПРАВОВІДНОСИН
ІЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ**

Постановка проблеми. У положеннях чинного цивільного законодавства України, а також у сучасній науковій юридичній літературі термін «конфіденційність» вживається переважно у контексті інформації. Пояснення цьому лежить в характері феномену конфіденційності. Його сутність становить певний стан, за якого обставини правової реальності, а також відомості про них спеціально утаюються (приховуються) особами від широкого загалу. Конфіденційними (утаєними, прихованими) можуть бути як власне обставини правової реальності, так і відомості про них (інформація). Проте, на відміну від відповідних обставин, припинення яких унеможливує їх безпосереднє спостереження учасниками цивільних правовідносин, інформація наділена здатністю зосереджувати відповідне знання, що може бути поширене серед інших осіб спосабами усної та письмової комунікації. У зв'язку з цим у положеннях чинного цивільного законодавства України та в наукових джерелах про конфіденційність стверджується переважно в контексті інформації.

Поряд із тим слід констатувати, що до недавнього часу сфері інформаційних відносин не присвячувалась належна увага цивілістичній літературі. Відповідні суспільні зв'язки стали предметом правового регулювання цілої низки нормативно-правових актів, зокрема Законів України «Про інформацію»¹, «Про звернення громадян»², «Про захист персональних даних»³, «Про доступ до публічної інформації»⁴ та ін., однак у науковому сенсі рівень їх дослідження можна охарактеризувати як фрагментарний.

Водночас окреслений стан речей порушує важливу проблему галузевого підпорядкування відносин із забезпечення конфіденційності, яка набуває особливої актуальності в аспекті Концепції оновлення Цивільного кодексу України, обговорення якої набирає все більших обертів і автори якої прямо наголошують на необхідності чіткого визнання на нормативному рівні тієї обставини, що приватноправові за своєю природою відносини можуть складатись в тому числі і в інформаційній сфері⁵.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правова природа конфіденційності в цивільному праві або окремі її прояви ставали предметом розгляду таких вчених правників, як С.С. Алексєєв, І.В. Венедіктова, Н.Ю. Голубєва, І.В. Жилінкова, О.С. Іоффе, Т.С. Ківалова, О.О. Кот, О.В. Кохановська, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданик, О.І. Міхно, Є.О. Мічурін, В.В. Надьон, О.О. Отраднава, М.Д. Пленюк, М.О. Стефанчук, Р.О. Халфіна, Є.О. Харитонов, В.В. Цюра, Ю.І. Чалий, Я.М. Шевченко, С.І. Шимон, Р.Б. Шишка, О.Я. Явор, В.Л. Яроцький та ін.

Постановка завдання. Мета статті полягає у визначенні цивільно-правової специфіки правовідносин із забезпечення конфіденційності, зокрема в контексті властивого їм приватноправового характеру та поділу права на окремі галузі.

Основний матеріал дослідження. У цивілістичній літературі досить тривалий час значення інформаційних правовідносин суттєво недооцінювалось. Прикладом цьому може слугувати загальна класифікація цивільних правовідносин, що наводилась О.О. Красавчиковим. Вчений розглядав інформаційні відносини як різновид організаційних відносин і називав їх «організаційно-інформаційними відносинами». На переконання вченого, організаційні відносини в цілому могли будуватися як на засадах координації, так і субординації. При цьому в цивільно-правовому ключі організаційні правовідносини являють собою правовідносини, що засновані на засадах рівності їх учасників та виражають діяльність, яка здійснюється громадянами й організаціями щодо упорядкування своїх взаємозв'язків і координації зусиль у процесі реалізації державної або власної ініціативи.

Сутність же організаційно-інформаційних відносин вчений вбачав у тому, що сторони майнових відносин зобов'язані обмінюватися інформацією, яка надає можливість для розвитку основного, зокрема майнового зв'язку⁶. У цих словах відображається загальне цивілістичне бачення інформаційних відносин цілої епохи. Їм відводилась певною мірою «технічна» роль у формуванні майнових відносин. Інформаційна комунікація розглядалась як інструмент у сфері цивільно-правових зв'язків, однак не як окремий конструкт – правовідношення.

У контексті зазначеного цілком обґрунтованим виглядає висновок, що в радянський період конфіденційність була властива переважно публічно-правовій сфері (державна таємниця, службова інформація тощо).

Однак еволюція відповідних суспільних зв'язків і галузей права привела до того, що відносини, які складаються в інформаційній сфері, почали набувати і яскраво виражені приватноправові ознаки.

У контексті окресленого Н.С. Кузнецова та А.С. Довгерт, аналізуючи здобутки, проблеми та перспективи сучасного цивільного законодавства України, вказують на те, що в сучасних умовах буденною видається наявність в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) книги другої «Особисті немайнові права фізичної особи». Науковці ж, як правило, відмічають новаторський характер цієї книги, завдяки якій ЦК України посідає особливе місце в історії світових кодифікацій⁷. Саме в положеннях зазначеної Книги ЦК України знайшли закріплення такі суб'єктивні цивільні права, як право на особисте життя та його таємницю (ст. 301), право на інформацію (ст. 302), право на особисті папери (ст. 303), право на таємницю кореспонденції (ст. 306) та інші⁸, що виступають юридичною основою самої суті приватності як ознаки цивільних правовідносин, а також становлять нормативно-правовий базис для забезпечення конфіденційності обставин правової реальності та інформації про них. Зазначені нормативно-правові приписи концентровано відображають характер впливу цивільного права на суспільні відносини, що складаються в інформаційній сфері.

У чому ж полягає цивільно-правова специфіка правовідносин із забезпечення конфіденційності? Вбачається, що в їх проникаючих властивостях в рамках приватноправових суспільних зв'язків, що характеризують інтегративний характер інформаційних правовідносин в цілому.

Сутність суспільних відносин, що регулюються положеннями чинного цивільного законодавства України і таким чином стають цивільними правовідносинами, визначається ст. 1 ЦК України, якою встановлюється, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

До майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом⁹.

Як зазначає О.В. Кохановська, інформаційні правовідносини логічно і доцільно визначати для кожної галузі права, наявність якої доведена через наявність, як мінімум, її предмета і методу¹⁰.

У контексті зазначеного необхідно зазначити, що правовідносини із забезпечення конфіденційності, будучи різновидом інформаційних правовідносин, мають інтегративний характер як в рамках системи приватноправових суспільних зв'язків, так і в рамках системи суспільних зв'язків взагалі в контексті їх поділу на приватні і публічні. Тобто вони можуть складатись як в різних сферах суспільних відносин, урегульованих положеннями приватного права, так і мати публічно-правові ознаки й складатись у сфері управлінських відносин, заснованих на владі та підпорядкуванні.

У цивільно-правовому ключі правовідносини із забезпечення конфіденційності в тому числі як різновид інформаційних правовідносин характеризуються наступним.

1. Це правовідносини, що складаються між юридично рівними особами і базуються на їх вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників. Навіть якщо конфіденційність поширюється на певні обставини правової реальності, що виникають в рамках управлінських відносин, а також на відомості про такі обставини, її порушення може спричиняти в тому числі майнову шкоду для відповідних суб'єктів. Майновий характер шкоди зумовлює необхідність її відшкодування в межах охоронних цивільних правовідносин.

2. Хоча підставою виникнення правовідносин із забезпечення конфіденційності може бути як цивільно-правовий договір, так і інші юридичні факти, в тому числі безпосередньо факти створення чи одержання інформації, що підлягає утаюванню, метою таких правовідносин виступає забезпечення приватного інтересу. Саме у зв'язку з необхідністю останнього імперативні положення чинного законодавства України, в тому числі Закону України «Про захист персональних даних», можуть безпосередньо накладати певні обмеження щодо використання чи поширення конфіденційної інформації. Договір про конфіденційність може використовуватись учасниками правовідносин, що складаються в інформаційній сфері, як правовий засіб конкретизації їх змісту. Звідси ж слідує і те, що відповідні правовідносини можуть упорядковуватись диспозитивним методом правового регулювання з певними «вкрапленнями» імперативного методу (його частковим використанням). При потраплянні в орбіту правового впливу публічних галузей права такі відносини, будучи суспільними зв'язками, заснованими на владі та підпорядкуванні, можуть потрапляти під вплив переважно імперативного методу правового регулювання.

3. Цивільно-правові відносини із забезпечення конфіденційності можуть мати матеріальний або процесуальний характер¹¹. Процедурний характер властивий відносинам щодо формування суспільних зв'язків з приводу забезпечення конфіденційності. Матеріальний характер мають, як правило, відносини щодо безпосереднього забезпечення конфіденційності, в тому числі пасивною поведінкою (нерозголошенням відомостей). При цьому аналізовані правовідносини можуть мати абсолютний та відносний характер¹². Наприклад, відносинами є правовідносини із забезпечення конфіденційності, що базуються на договорі. Абсолютними є правовідносини щодо володіння конфіденційною інформацією.

Також досліджувані правовідносини можуть бути майновими, зокрема, якщо вони пов'язані з поширенням конфіденційної інформації, або немайновими, наприклад, якщо в їх основу покладено право творця об'єкта інформації на визнання його таким¹³.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Узагальнюючи викладене вище, слід погодитись із М.М. Сібільовим, що перелік цивільних відносин, які становлять предмет цивільного права, закріплений у ст. 1 ЦК України, є закритим і його «відкриттю» має передувати значна спеціальна робота, спрямована на

організацію й обговорення питань, пов'язаних із сутністю цивільних (приватних) відносин, що становлять предмет цивільного права¹⁴. Поряд із тим інформаційні відносини взагалі та, зокрема відносини із забезпечення конфіденційності, в цьому сенсі, гармонійно вписались у відповідний законодавчий підхід.

Незважаючи на те, що положення чинного цивільного законодавства України, в тому числі ЦК України, досить епізодично регулюють ці відносини, а до предмета регулювання спеціальних законів включено як приватноправові, так і публічно-правові аспекти суспільних зв'язків, пов'язаних з конфіденційністю обставин правової реальності та інформації про них, їх приватноправова складова має досить чіткі грані, що з впевненістю дозволяють стверджувати, зокрема про цивільно-правовий характер правовідносин із забезпечення конфіденційності. Адже такі відносини можуть складатись між юридично рівними особами і при цьому мати як немайновий, так і майновий характер. Включення ж інформації в юридичну схему ринкових відносин і наділення її значенням об'єкта цивільних прав повністю знімає питання стосовно їх правового характеру.

У зв'язку з цим цивільно-правові відносини із забезпечення конфіденційності переймають специфіку інформаційних відносин, яку в цілому можна охарактеризувати як інтегративність. Такі відносини можуть мати як майновий, так і немайновий характер, і при цьому виникати у різних приватноправових сферах суспільних зв'язків: у сфері цивільного обороту речей, у сфері послуг, при спадкуванні, в інтелектуально-правовій сфері тощо, не втрачаючи при цьому приватноправового характеру.

¹ Про інформацію: Закон України від 2.10.1992 р. № 2657-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650 (зі змінами).

² Про звернення громадян: Закон України від 02.10.1996 р. № 393/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 47. Ст. 256 (зі змінами).

³ Про захист персональних даних: Закон України від 01.06.2010 р. № 2297-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 34. Ст. 481 (зі змінами).

⁴ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314 (зі змінами).

⁵ Концепція оновлення Цивільного кодексу України / А.С. Довгерт та ін. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 7.

⁶ Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения. *Антология уральской цивилистики. 1925–1989*. Москва: Статут, 2001. С. 163–164.

⁷ Кузнєцова Н.С., Довгерт А.С. Сучасне цивільне законодавство України: здобутки, проблеми, перспективи. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. С. 62.

⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 356 (із змінами).

⁹ Там само. Ст. 1.

¹⁰ Кохановська О.В. Концепція інформаційних правовідносин у сучасній правовій доктрині. *Вісник Хмельницького ін-ту регіон. управління та права*. 2004. № 4 (12). С. 24.

¹¹ Там само. С. 23.

¹² Там само. С. 23.

¹³ Кохановська О.В. Приватно-правове розуміння інформаційних відносин в Україні. *Часопис цивілістики*. Одеса, 2017. Вип. 22. С. 130.

¹⁴ Сібільов М. Предмет приватного (цивільного) права. *Право України*. 2014. № 6. С. 72.

Резюме

Яковлев Д.О. Цивільно-правова специфіка правовідносин із забезпечення конфіденційності.

Стаття присвячена розгляду цивільно-правової специфіки правовідносин із забезпечення конфіденційності в контексті поділу права на галузі і особливостей їх впливу на суспільні зв'язки.

Автор вказує на те, що в цивілістичній літературі досить тривалий час значення інформаційних правовідносин суттєво недооцінювалось. Водночас у сучасних умовах значної актуальності набуває питання галузевого підпорядкування правовідносин із забезпечення конфіденційності, особливо в аспекті Концепції оновлення Цивільного кодексу України.

У статті знаходять розкриття окремі положення інтегративної концепції правовідносин із забезпечення конфіденційності як різновиду інформаційних правовідносин. Окреслюється специфіка підстав їх виникнення, загальні положення про сутність та суб'єктний склад.

Ключові слова: конфіденційність, інформація, інформаційні відносини, інтегративність, рекодифікація.

Резюме

Яковлев Д.А. Гражданско-правовая специфика правоотношений по обеспечению конфиденциальности.

Статья посвящена рассмотрению гражданско-правовой специфики правоотношений по обеспечению конфиденциальности в контексте разграничения права по отраслям и особенностей их воздействия на общественные связи.

Автор указывает, что в цивилистической литературе достаточно долгое время значение информационных правоотношений существенно недооценивалось. В тоже время в современных условиях значительную актуальность приобретает вопрос отраслевой принадлежности правоотношений по обеспечению конфиденциальности, особенно в свете Концепции обновления Гражданского кодекса Украины.

В статье раскрываются отдельные положения интегративной концепции правоотношений по обеспечению конфиденциальности как разновидности информационных правоотношений. Очерчивается специфика оснований их возникновения, общие положения о сущности и субъектном составе.

Ключевые слова: конфиденциальность, информация, информационные отношения, интегративность, рекодификация.

Summary

Dmytro Yakovlev. The civil-juridical specificity of confidentiality relationships.

The article is devoted to consideration of the civil-juridical specificity of confidentiality relationships in context of differentiation the law on branches and specialties of their influence over social connections.

The author states that the value of information legal relationships for a long time was underestimated. But in modern circumstances the issue of civil-juridical specificity of confidentiality relationships in context of separation the branches of law have become urgent, especially in the light of the Concept of modernization the Civil Code of Ukraine.

Despite the episodically regulation of abovementioned relationships by provisions of current civil legislation, including Civil Code of Ukraine, and that special laws regulates private relationships as well as public relationships of confidentiality in information field, the private-juridical signs of appropriate relationships are clear enough. Such relationships can be established with participation of legally equal persons and be material or non-material. At the same time inclusion of information to legal scheme of market circulation and conferring on it the legal regime of relationship's object completely solve the problem of juridical character of such relationships.

The break of confidentiality that leads to material harm can establish private-juridical relationships even if such a break was committed within public relationships. The material character of appropriate harm determines the necessity of its compensation within protective juridical civil mechanisms.

The civil-legal relationships of confidentiality inherit the specificity of information relationships that can be characterized generally as integrability. Such relationships can be material as well as non-material and at the same time they can be established in different spheres of social connections: in sphere of civil circulation of things, in sphere of services, during succession, in legal intellectual sphere etc., and at the same time save their private-juridical character.

Key words: confidentiality, information, information relationships, integrability, recodification.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.53

УДК 347.44: 347.254

Л.В. ЯКОВЛЄВА

*Людмила Володимирівна Яковлєва, аспірантка
Науково-дослідного інституту приватного права і
підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН
України**

ORCID: 0000-0002-7636-8341

ДОГОВІР УПРАВЛІННЯ БАГАТОКВАРТИРНИМ БУДИНКОМ ЯК ЮРИДИЧНИЙ ФАКТ ТА ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНЕ ПРАВОВІДНОШЕННЯ

Постановка проблеми. Необхідність проведення аналізу договору управління багатоквартирним будинком як юридичного факту зумовлена насамперед законодавчим підходом до визначення поняття договору як домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК). При цьому згідно з ч. 2 ст. 202 ЦК України договір визначено через поняття дво- чи багатосторонніх правочинів. Отже, цивільно-правовий договір з погляду законодавця є правочиною як дією, спрямованою на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, з урахуванням чого робимо висновок про правочинну природу договору управління багатоквартирним будинком, що у свою чергу зумовлює наділення його характерними ознаками правочинів.

З огляду на вказане договір управління багатоквартирним будинком повинен відповідати загальним вимогам, що передбачені ст. 203 ЦК України та є необхідними для визнання його чинним. Це, зокрема, вимога щодо відповідності змісту правочину ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам; наявність в особи необхідного обсягу цивільної дієздатності; вільне волевиявлення учасника правочину; вчинення правочину у формі, встановленій законом; спрямованість правочину на реальне настання правових наслідків, що зумовлені ним та ін.

Слушною з цього приводу є висловлена М.Д. Пленюк позиція щодо значення договору саме як юридичного факту. Так, на думку дослідниці, юридичний факт може означати: 1) породження юридичних наслідків в результаті настання відповідних обставин. Наприклад, для настання договірних зобов'язань достатньо факту укладення договору, оскільки згідно зі ст. 626 ЦК України договір набирає законної сили з моменту його укладення. Відповідно, юридичний факт в цьому аспекті відіграє одномоментну роль, не маючи в основі змісту прав та обов'язків сторін, адже акцент робиться на момент укладення, тому увага щодо прав та суб'єктивних обов'язків абстрагується; 2) появу у конкретних осіб в силу здійснення юридичного факту прав і обов'язків. У цьому випадку юридичний факт виражає перенесення на визначених осіб, внаслідок здійснення договірної зобов'язання, лише тих прав і обов'язків, які, за загальним правилом, передбачені законом або іншими нормативно-правовими актами¹.

© Л.В. Яковлєва, 2020

* *Liudmyla Yakovlieva, Postgraduate student of Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the NALS of Ukraine*

Виклад основного матеріалу. Отже, значення договору управління багатоквартирним будинком як правочину полягає у тому, що його укладення шляхом єдиного волевиявлення сторін, по-перше, засвідчує настання юридичних наслідків у вигляді одномоментного виникнення правового зв'язку між його сторонами, а, по-друге, виражає спрямованість спільних дій сторін договору на досягнення бажаних для них результатів і, як наслідок, наділення сторін договору взаємними правами та обов'язками у сфері здійснення управління багатоквартирним будинком.

При цьому доцільно навести думку М.Ф. Казанцева, який свого часу наголошував, що погляд на договір як на юридичний факт не надає можливості побачити регулятивні властивості договору². Загалом підтримуємо вказану позицію, адже у цьому значенні досить складно прослідкувати динаміку породжуваного договором правового зв'язку, яка розкриває сутність договору як регулятора тих чи інших правовідносин. Тому розглянемо договір управління багатоквартирним будинком у значенні правовідношення.

Насамперед варто зазначити, що в юридичній літературі договір розглядають як правовідношення, яке виникає в результаті укладення правочину, оскільки саме в правовідношенні існують і реалізуються суб'єктивні права та обов'язки сторін договору³. Так, на думку Б.В. Покровського, договір як юридичний факт формує й оформляє на основі загальної вільної волі сторін умови договору. У договорі як правовідношенні відбувається трансформація зазначених умов у суб'єктивні права й обов'язки сторін, а також реалізація цих прав та обов'язків за допомогою дій сторін. У договорі реалізуються також правові гарантії належного виконання договору й відповідальність за його порушення. Договір як юридичний факт зазвичай негайно з набрання ним чинності породжує договір як правовідношення, в якому й реалізується мета договору шляхом його виконання⁴.

Щодо можливості сприйняття договору як правовідношення висловлює свою позицію В.В. Луць, який хоча й погоджується з розумінням договору як дво- або багатосторонньої угоди, але водночас вважає припустимим розглядати договір як цивільні правовідносини (зобов'язання), що виникли з договору як юридичного факту, або як правовий документ, яким зафіксовано виникнення договірних зобов'язань з волі його учасників⁵.

Отже, екстраполюючи вказане на досліджувану договірну конструкцію, можемо зробити висновок про те, що при розгляді поняття договору управління багатоквартирним будинком слід не лише виходити з його правочинної природи, яка розкриває сутність договору як юридичного факту, що породжує певні правові наслідки, а й враховувати його сутність як зобов'язання, зумовленого фактом укладення цього договору. Тому в найбільш загальному значенні договір управління майном є домовленістю сторін, що зумовлює виникнення між ними правового зв'язку, змістом якого є їх взаємні права та обов'язки.

Водночас необхідно більш детально проаналізувати склад зобов'язальних правовідносин, які опосередковуються договором управління багатоквартирним будинком. З цього приводу варто наголосити, що в науці цивільного права до них традиційно відносять такі складові його елементи, як суб'єкти правовідносин, об'єкт правовідносин та зміст.

З огляду на те, що в чинному законодавстві України відсутнє визначення поняття договору управління багатоквартирним будинком, уявлення про досліджувану договірну конструкцію в загальному може бути сформоване на основі аналізу положень Типового договору про надання послуги з управління багатоквартирним будинком. Так, за договором про надання послуги з управління багатоквартирним будинком управитель зобов'язується надавати співвласникам послугу з управління багатоквартирним будинком, що розташований за певною адресою, а співвласники зобов'язуються оплачувати управителю послугу з управління згідно з вимогами законодавства та умовами цього договору.

Відповідно й розпочнемо аналіз правовідносин, що виникають на підставі укладення договору управління багатоквартирним будинком, із дослідження специфіки їх суб'єктного складу. Загалом під суб'єктом правовідносин розуміють володільця конкретного права, що знаходиться у правовому зв'язку з іншим учасником (учасниками) суспільних відносин, на яких покладаються обов'язки, що відповідають праву уповноваженої особи⁶. Отже, не вдаючись до детального аналізу цивільно-правової категорії «суб'єкт правовідносин» та беручи до уваги положення ст. 11 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», а також характеристику досліджуваного договору, відображену в Типовому договорі про надання послуг з управління багатоквартирним будинком, доходимо висновку про специфічний суб'єктний склад зобов'язальних правовідносин, що опосередковуються цим договором, до якого належать управитель та співвласники багатоквартирного будинку.

Специфіка суб'єктного складу правовідносин із договору управління багатоквартирним будинком полягає насамперед у тому, що однією зі сторін договору є спеціалізований суб'єкт цивільний правовідносин – фізична особа-підприємець або юридична особа-суб'єкт підприємницької діяльності, яка за договором із співвласниками забезпечує належне утримання та ремонт спільного майна багатоквартирного будинку і прибудинкової території та належні умови проживання і задоволення господарсько-побутових потреб (ст. 1 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку»). Тобто можливість фізичної чи юридичної особи бути управителем багатоквартирного будинку опосередковується наявністю в неї спеціального правового статусу – суб'єкта підприємницької діяльності, який відповідає спеціальним вимогам, визначеним законодавством. Щодо іншої сторони договору – контрагента управителя, то ним відповідно до положень чинного законодавства можуть бути співвласники багатоквартирного будинку, з огляду на що основною умовою вступу в зобов'язальні правовідносини із досліджуваного договору є наявність у

них права власності на квартиру в багатоквартирному будинку. Крім того, як вбачається, особливістю співвласників багатоквартирного будинку як суб'єктів зобов'язального правовідношення є їх множинність. Отже, на підставі вказаного можемо виділити одну із особливостей договору управління багатоквартирного будинку – специфічний суб'єктний склад правовідносин, що з нього виникають.

Наступним складовим елементом досліджуваних правовідносин слід вказати об'єкт, питання про правову природу та сутність якого можуть бути визнані одними із найбільш дискусійних у теорії цивілістики. На переконання В.А. Лапача, в науці не існує єдиної концепції об'єкта (предмета) права і правовідношення, в силу чого під об'єктом розуміють досить різноманітні явища і утворення – від фактів об'єктивної дійсності до явищ психічного порядку⁷. Оскільки дослідження природи об'єкта цивільного правовідношення не є предметом цієї наукової праці, не вбачається доцільним здійснювати аналіз існуючих наукових концепцій з цього приводу. Водночас, будучи солідарними з вітчизняним законодавцем, який у ст. 177 ЦК України визнає, що об'єктами цивільних прав є речі, у тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні та нематеріальні блага, вважаємо за доцільне підтримати позицію тих науковців, які під об'єктом цивільних правовідносин розуміють певне матеріальне та нематеріальне благо як засіб задоволення інтересів суб'єктів цих правовідносин.

При цьому важливо зауважити, що у науці цивільного права традиційним є поділ об'єктів цивільного зобов'язання на юридичний та матеріальний. Юридичним об'єктом визнається певна поведінка (утримання від певної поведінки щодо матеріальних і нематеріальних благ, наприклад, у договорі купівлі-продажу таким юридичним об'єктом є передача продавцем покупцеві проданого майна і сплата покупцем ціни за придбане майно), а матеріальним об'єктом зобов'язального правовідношення є саме майно або інше благо⁸.

У контексті дослідження договору управління багатоквартирного будинку щодо об'єкта зобов'язальних правовідносин, що ним опосередковуються, слід вказати наступне. З огляду на законодавче найменування договору робимо висновок про те, що його об'єктом є послуги з управління багатоквартирним будинком.

Традиційно в цивілістиці об'єктом договірних зобов'язань з надання послуг визнають тільки послуги нематеріального характеру⁹, тобто тільки юридичний об'єкт. Разом з тим особливий інтерес викликає позиція, висловлена С.І. Шимон, яка зауважує, що в абсолютній більшості зобов'язання є взаємними, це помножує об'єкт, наприклад, у зобов'язанні купівлі-продажу такими є річ – гроші. Тоді постає питання, чому в науковців не викликає сумнівів існування «безпредметних» зобов'язань, у яких, вважається, матеріальний об'єкт відсутній – надання послуг? Адже, зважаючи на те, що зобов'язання з надання послуг зазвичай є оплатним, слід дійти висновку, що в ньому матеріальний об'єкт все-таки є – це гроші, які сплачуються за послугу. А оскільки взаємними є більшість зобов'язань, то слід вважати, що більшість зобов'язальних правовідносин мають два (а то й більше) об'єктів, у тому числі гроші¹⁰.

Як зазначалось раніше, під об'єктом цивільних правовідносин розуміють певне матеріальне та нематеріальне благо як засіб задоволення інтересів суб'єктів цих правовідносин, що є, на нашу думку, ключовим у розумінні сутності категорії об'єктів цивільних правовідносин. Адже, якщо розглядати договір як одну із підстав виникнення зобов'язань, то в юридичній літературі цілком слушно зазначається, що він укладається сторонами для досягнення певної правової мети, яка визначає загальну спрямованість угоди¹¹. Природно, що ці наслідки задовольняють інтереси й потреби учасників договору, є корисними для них; у свою чергу основою інтересу чи користі є мотив, яким керуються сторони, вступаючи в договірні правовідносини, узгоджуючи умови договору тощо¹².

З огляду на те, що у правовідносинах, які виникають із договору управління багатоквартирним будинком, присутні взаємні кореспондуючі зобов'язання із надання управителем послуг з управління та оплати співвласниками будинку цих послуг, робимо висновок, що отримання послуг з управління багатоквартирним будинком є засобом задоволення інтересів його співвласників, а отримання оплати наданих послуг у вигляді грошової суми – інтересів управителя. Отже, погоджуючись із вищевказаною позицією С.І. Шимон, вбачаємо за доцільне стверджувати про дуальну юридично-матеріальну природу об'єкта зобов'язальних правовідносин, що виникають із договору управління багатоквартирним будинком, яка полягає у тому, що юридичним об'єктом досліджуваних правовідносин як засобом задоволення інтересів співвласників багатоквартирного будинку є послуги з управління багатоквартирним будинком, а матеріальним об'єктом цих правовідносин як засобом задоволення інтересів управителя є грошові кошти, які він отримує в результаті надання відповідних послуг.

При цьому важливо встановити й специфіку предмета договору управління багатоквартирним будинком, що у свою чергу допоможе визначити поняття останнього та встановити його місце у системі цивільно-правових договорів. Адже, на думку С.І. Шимон, виокремлення предмета договору повинно мати теоретичний сенс, що полягає у здатності предмета договору слугувати критерієм (одним із критеріїв) класифікації договорів, відмежування одного договору від іншого¹³.

У контексті нашого дослідження доцільно навести позицію Н.В. Федорченко, яка вказує, що предметом договору про надання послуг є надання за завданням замовника різного роду послуг, тобто безпосередньо діяльність, що полягає у вчиненні виконавцем певних дій (наприклад, надання готельних номерів для проживання, організація та проведення культурних заходів тощо) або діяльності (надання правових консультацій, інжинірингових послуг тощо), а також корисний ефект від вчинення дії або діяльності виконавця, який (мається на увазі ефект) ніколи не набуває форми нової речі. А саму послугу з огляду на наведене можна роз-

глядати як дію або сукупність дій (діяльність), об'єднаних однією метою – створення корисного ефекту¹⁴. Отже, як вбачається, дослідниця під предметом договору про надання послуг розуміє дію (сукупність дій) виконавця із надання послуг, а також корисний ефект від її здійснення.

Водночас, на думку Р.А. Майданика, предметом договору управління майном, який належить до договорів про надання послуг та за своєю конструкцією схожий із досліджуваним нами договором управління багатоквартирним будинком, є і майно, передане в управління, і вчинення управителем від свого імені будь-яких припустимих юридичних та фактичних дій, необхідних для управління майном в інтересах установника або визначеної ним третьою особою, з урахуванням обмежень, що містяться у договорі та законі¹⁵.

З урахуванням вищевказаного робимо висновок про відсутність у доктрині єдності щодо сутності як предмета цивільно-правового договору загалом, так і предметів окремих договірних конструкцій зокрема, що вказує на складність питання встановлення істинного предмета досліджуваної нами договірної конструкції. На нашу думку, якщо взяти до уваги нормотворчий підхід до визначення його предмета, закріплений у Типовому договорі про надання послуг з управління багатоквартирним будинком (утримання спільного майна багатоквартирного будинку, виконання санітарно-технічних робіт, обслуговування внутрішньобудинкових систем тощо), то видається, що під предметом договору управління багатоквартирним будинком слід розуміти сукупність юридичних і фактичних дій, які слід вчинити для досягнення мети договору. З цього слідує, що предметом досліджуваного договору є власне діяльність управителя щодо надання послуг з управління багатоквартирним будинком (або в загальному – управління багатоквартирним будинком); при цьому багатоквартирний будинок, у тому числі внутрішньобудинкові приміщення та прибудинкову територію, слід сприймати саме як матеріальний об'єкт досліджуваного договору та об'єкт управління, адже багатоквартирний будинок є тією категорією, яка вказує, на що слід спрямувати дії з управління, однак не характеризує те, з приводу чого сторони договору встановлюють взаємний правовий зв'язок. Разом із тим, на нашу думку, формулювання предмета досліджуваного договору як діяльності щодо надання послуг з управління багатоквартирним будинком є доцільним, адже, по-перше, дає відповідь на запитання про місце договору в системі цивільно-правових договорів, по-друге, дозволяє максимально конкретизувати мету встановлення правового зв'язку між сторонами договірної зобов'язання, по-третє, вказує на основну дію, яку потрібно вчинити для досягнення правової мети договору, а, по-четверте, містить безпосередню вказівку на об'єкт, на який і спрямована діяльність з управління.

Висновки. Отже, на підставі викладеного можна назвати основні характерні риси договору управління багатоквартирним будинком, серед яких:

- 1) цивільно-правова природа відносин, що опосередковуються договором про надання послуг з управління багатоквартирним будинком;
- 2) специфічність суб'єктного складу договору, яка полягає у тому, що однією стороною договору є суб'єкт зі спеціальним правовим статусом – суб'єкт підприємницької діяльності, а іншою стороною – співвласники багатоквартирного будинку, що вказує на множинність суб'єктів;
- 3) дуальна юридично-матеріальна природа об'єкта зобов'язальних правовідносин, що виникають із договору управління багатоквартирним будинком, яка полягає у тому, що юридичним об'єктом досліджуваних правовідносин як засобом задоволення інтересів співвласників багатоквартирного будинку є послуги з управління багатоквартирним будинком, а матеріальним об'єктом цих правовідносин як засобом задоволення інтересів управителя є грошові кошти, які він отримує в результаті надання відповідних послуг;
- 4) особливим предметом досліджуваного договору є діяльність щодо надання послуг з управління багатоквартирним будинком.

¹ Пленюк М.Д. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення зобов'язань: нотатки до наукової дискусії. *Приватне право і підприємництво*. 2016. № 15. С. 103–104.

² Казанцев М.Ф. Договорное регулирование: цивилистическая концепция. Екатеринбург, 2005. С. 81.

³ Пленюк М.Д. Цивільно-правовий договір як підстава виникнення зобов'язань: нотатки до наукової дискусії. *Приватне право і підприємництво*. 2016. № 15. С. 105.

⁴ Амангельды А.А. Договоры в сфере интеллектуальной собственности по законодательству Республики Казахстан. Алматы: ИЦ ОФ Интеграл, 2010. С. 117.

⁵ Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посіб. для студ. юрид. вузів і ф-тів ун-тів / ред.: О.В. Дзера; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ: Юрінком Інтер, 2000. С. 18–19.

⁶ Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Цивільні правовідносини : навчальний посібник. Київ : Істина, 2008. С. 21–22.

⁷ Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2002. С. 70.

⁸ Блащук А.М. Поняття та правова природа припинення цивільно-правового зобов'язання. URL: <http://www.univer.km.ua/visnyk/707.pdf> (дата звернення 11.10.2020).

⁹ Гражданское право: в 4 / под ред. Суханова Е.А. 3-е изд., перераб. и доп. Москва, 2008. Т. 4. 720 с. URL: <http://yport.inf.ua/ponyatie-obyazatelstv-okazaniyu.html> (дата звернення: 18.10.2020).

¹⁰ Шимон С. Об'єкт і предмет договору і цивільного правовідношення: нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна*. 2011. № 4. С. 59.

¹¹ Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. Москва : Статут, 2006. С. 58.

¹² Парфенова Т.А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Челябинск, 2006. С. 12.

¹³ Шимон С. Об'єкт і предмет договору і цивільного правовідношення: нотатки до наукової дискусії. *Юридична Україна*. 2011. № 4. С. 62.

¹⁴ Федорченко Н.В. До питання про предмет договору про надання послуг. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2014. Вип. 66. С. 172.

¹⁵ Майданік Р.А. Поняття договору управління майном у цивільному праві України. URL: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/14227/%D0> (дата звернення: 20.20.2020).

Резюме

Яковлева Л.В. Договір управління багатоквартирним будинком як юридичний факт та зобов'язальне правовідношення.

У статті акцентовано увагу на важливій ролі договору як регулятора відносин з управління багатоквартирним будинком. Встановлено, що значення договору управління багатоквартирним будинком як правочину полягає у тому, що його укладення шляхом єдиного волевиявлення сторін, по-перше, засвідчує настання юридичних наслідків у вигляді одномоментного виникнення правового зв'язку між його сторонами, а, по-друге, виражає спрямованість спільних дій сторін договору на досягнення бажаних для них результатів і, як наслідок, наділення сторін договору взаємними правами та обов'язками у сфері здійснення управління багатоквартирним будинком.

Окремо в межах статті виокремлено основні характерні риси договору управління багатоквартирним будинком, серед яких: 1) цивільно-правова природа відносин з управління багатоквартирним будинком; 2) специфічність суб'єктного складу договору; 3) дуальна юридично-матеріальна природа об'єкта зобов'язальних правовідносин; 4) особливий предмет досліджуваного договору.

Ключові слова: договір управління багатоквартирним будинком, юридичний факт, зобов'язання, суб'єктний склад зобов'язання, об'єкт зобов'язання, предмет договору, суб'єктний склад, послуга, об'єкт управління.

Резюме

Яковлева Л.В. Договор управления многоквартирным домом как юридический факт и обязательственное правоотношение.

В статье акцентировано внимание на важной роли договора как регулятора отношений по управлению многоквартирным домом. Установлено, что значение договора управления многоквартирным домом как сделки состоит в том, что его заключение путем единого волеизъявления сторон, во-первых, свидетельствует о наступлении юридических последствий в виде одномоментного возникновения правовой связи между его сторонами, а, во-вторых, выражает направленность совместных действий сторон договора на достижение желаемых для них результатов и, как следствие, наделение сторон договора взаимными правами и обязанностями в сфере осуществления управления многоквартирным домом.

Отдельно в рамках статьи выделены основные характерные черты договора управления многоквартирным домом, среди которых: 1) гражданско-правовая природа отношений по управлению многоквартирным домом; 2) специфичность субъектного состава договора; 3) дуальная юридически-материальная природа объекта обязательственных правоотношений; 4) особый предмет исследуемого договора.

Ключевые слова: договор управления многоквартирным домом, юридический факт, обязательства, субъектный состав обязательства, объект обязательства, предмет договора, субъектный состав, услуга, объект управления.

Summary

Liudmyla Yakovlieva. The contract of the management of apartment building as a legal fact and a binding legal relationship.

The article focuses on the important role of the contract as a regulator of relations for the management of an apartment building. It is established that the value of the contract of the management of apartment building as a transaction is that its conclusion by a single will of the parties, first, indicates the onset of legal consequences in the form of a simultaneous legal relationship between its parties, and secondly, expresses the focus of joint action of the parties to achieve the desired results and, as a consequence, giving the parties to the contract mutual rights and obligations in the field of apartment building management.

During considering the concept of the contract of the management of apartment building, we should not only proceed from its legal nature, which reveals the essence of the contract as a legal fact that generates certain legal consequences, but also take into account its essence as an obligation due to the conclusion of this contract. Accordingly, the specifics of the subject of legal relations from the contract of management of an apartment building is primarily that one of the parties to the contract is a specialized subject of civil law – an individual-entrepreneur or legal entity-entrepreneur, which under the agreement with co-owners provides proper maintenance and repair of common property of an apartment building and adjacent territory and proper living conditions and household needs.

In the context of the study of the contract of the management of apartment building regarding the object of obligatory legal relations mediated by it, it is established in view of its legal name that its object is apartment building management services. The subject of the contract of the management of apartment building is proposed to be understood as a set of legal and factual actions that should be taken to achieve the purpose of the contract. It follows that the subject of the contract under study is the activities of the manager to provide services for the management of an apartment building (or in general – the management of an apartment building); in this case, the apartment building, including indoor premises and adjacent territory, should be perceived as a material object of the contract under study and the subject composition.

Separately within the limits of the article the basic characteristic features of the contract of management of the apartment house are allocated, among which: 1) civil-law nature of relations on management of the apartment building; 2) the specificity of the subject composition of the contract; 3) the dual legal and material nature of the object of binding legal relations; 4) a special subject of the studied contract.

Key words: the contract of the management of apartment building, legal fact, obligations, subjective composition of obligations, object of obligations, subject of the contract, service, object of management.

К.Ю. ЛЕОНОВ

*Костянтин Юрійович Леонов, здобувач Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, арбітражний керуючий**

ORCID: 0000-0003-2616-8007

ПРАВОВІ МЕХАНІЗМИ РЕАЛІЗАЦІЇ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ СУБ'ЄКТАМИ ПУБЛІЧНОГО ПРАВА

Держава є найбільшим власником корпоративних прав. Станом на 1 жовтня 2020 р. в Реєстрі корпоративних прав держави обліковується 3424 державних підприємств та господарських товариств, а також їх відокремлених підрозділів, які мають частку держави у статутному капіталі¹. З огляду на вказане, актуальним завданням є дослідження особливостей реалізації корпоративних прав суб'єктами публічного права.

Як слушно зазначає О.М. Іващенко, політика держави щодо своєї частки майна в товариствах із державною часткою час від часу змінювалась та не завжди була послідовною². В Україні декілька разів змінювалась система органів, що управляють корпоративними правами держави.

На думку К.С. Шапошникова, при розгляді питання про корпоративні права держави слід розрізняти зовнішню та внутрішню особливості реалізації цих прав. Річ у тому, що на реалізацію корпоративного права впливають зовнішні чинники (політичні, економічні, соціальні тощо). Таким чином, зовнішня площина права держави брати участь в управлінні корпорацією проявляється через розробку корпоративного законодавства. Внутрішня площина корпоративного права держави брати участь в управлінні корпорацією проявляється через міру її можливої поведінки як суб'єкта господарських відносин³.

Особливості управління господарською діяльністю в державному та комунальному секторах економіки регулюють статті 22, 24 Господарського кодексу України. Суб'єктами господарювання державного сектора економіки визнаються суб'єкти, що діють на основі лише державної власності, а також суб'єкти, державна частка у статутному капіталі яких перевищує п'ятдесят відсотків чи становить величину, яка забезпечує державі право вирішального впливу на господарську діяльність цих суб'єктів. Натомість суб'єктами господарювання комунального сектора економіки є суб'єкти, що діють на основі лише комунальної власності, а також суб'єкти, у статутному капіталі яких частка комунальної власності перевищує п'ятдесят відсотків чи становить величину, яка забезпечує органам місцевого самоврядування право вирішального впливу на господарську діяльність цих суб'єктів⁴.

Держава реалізує право державної власності в державному секторі економіки через систему організаційно-господарських повноважень відповідних органів управління щодо суб'єктів господарювання, що належать до цього сектору. Управління господарською діяльністю в комунальному секторі економіки здійснюється через систему організаційно-господарських повноважень територіальних громад та органів місцевого самоврядування щодо суб'єктів господарювання, які належать до комунального сектора економіки. Суб'єкти господарювання державного та комунального сектора економіки здійснюють свою діяльність на основі права господарського відання або права оперативного управління.

Оскільки підприємства, в яких акції (частки) належать державі або територіальній громаді, діють у різних галузях економіки та можуть мати велику специфіку, правовий статус кожного окремого суб'єкта господарювання визначається уповноваженими органами управління відповідно до вимог законодавства.

Існує кілька шляхів набуття державою або територіальною громадою корпоративних прав. Першим та найбільш поширеним на практиці є корпоратизація, тобто перетворення державних та комунальних унітарних підприємств в акціонерні товариства. Другим є безпосереднє створення господарської організації суб'єктом публічного права. Ще одним можливим варіантом є набуття корпоративних прав існуючої господарської організації на підставі правочину.

Особливістю державних та комунальних унітарних підприємств є те, що вони створюються одним засновником, який виділяє необхідне для того майно, формує відповідно до закону статутний капітал, не поділений на частки (паї), затверджує статут, розподіляє доходи, безпосередньо або через керівника, який призначається (обирається) засновником (наглядною радою такого підприємства у разі її утворення), керує підприємством і формує його трудовий колектив на засадах трудового найму, вирішує питання реорганізації та ліквідації підприємства.

Стаття 73 Господарського кодексу України встановлює, що державне унітарне підприємство утворюється компетентним органом державної влади в розпорядчому порядку на базі відокремленої частини державної власності, як правило, без поділу її на частки, і входить до сфери його управління. Орган державної

влади, до сфери управління якого входить підприємство, є представником власника і виконує його функції у межах, визначених Господарським кодексом та іншими законодавчими актами. Майно державного унітарного підприємства перебуває в державній власності й закріплюється за таким підприємством на праві господарського відання чи праві оперативного управління. Державні унітарні підприємства діють як державні комерційні підприємства або казенні підприємства.

У свою чергу комунальне унітарне підприємство утворюється компетентним органом місцевого самоврядування в розпорядчому порядку на базі відокремленої частини комунальної власності і входить до сфери його управління. Орган, до сфери управління якого входить комунальне унітарне підприємство, є представником власника – відповідної територіальної громади. Розмір статутного капіталу комунального унітарного підприємства визначається відповідною місцевою радою.

Процедури корпоратизації доповнювались й уточнювались й іншими актами законодавства. Так, ч. 7 ст. 74 Господарського кодексу України встановила, що державне унітарне комерційне підприємство може бути перетворене в державне акціонерне товариство, 100 відсотків акцій якого належать державі у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Такий порядок було затверджено Постановою Кабінету Міністрів України № 802 від 29.08.2012.

Процедура проведення корпоратизації за Постановою № 802 передбачила декілька етапів, зокрема:

- 1) подання засновником Мінекономрозвитку пропозицій щодо перетворення підприємства та графіка його проведення;
- 2) формування Мінекономрозвитку переліку підприємств, що підлягають перетворенню, та затвердження графіка його проведення;
- 3) прийняття засновником у строки, встановлені зазначеним графіком, рішення про перетворення підприємства та утворення комісії з його перетворення. У разі потреби таке рішення приймається без дотримання графіка з одночасним поданням на затвердження Мінекономрозвитку відповідних змін до нього;
- 4) розроблення комісією проекту плану перетворення підприємства та подання його на затвердження засновнику;
- 5) виявлення засновником державного майна, що не підлягає приватизації, та розроблення умов його подальшого використання;
- 6) проведення оцінки цілісного майнового комплексу підприємства, у тому числі земельної ділянки, відповідно до встановленої законодавством методики;
- 7) підготовка комісією проекту статуту акціонерного товариства;
- 8) прийняття засновником рішення про затвердження статуту акціонерного товариства та рішення про випуск його акцій;
- 9) затвердження засновником персонального складу наглядової ради акціонерного товариства;
- 10) подання засновником до Мінекономрозвитку інформації про персональний склад наглядової ради акціонерного товариства;
- 11) державна реєстрація припинення підприємства та державна реєстрація утвореного акціонерного товариства⁵.

Отже, держава та територіальні громади, будучи акціонерами (учасниками) господарських організацій, повинні ефективно управляти та користуватись своїми корпоративними правами. Зупинимось більш предметно на питанні саме управління корпоративними правами, що належать державі або територіальній громаді.

На думку Ю. Солов'яна, в Україні рівень управління державними корпоративними правами значно відстає від європейського. Головними державними пріоритетами, які беруться до уваги при визначенні ефективності управління державними пакетами акцій, виступають такі:

- а) виконання акціонерними товариствами функцій підтримки національної безпеки й обороноздатності;
- б) здійснення соціальних програм;
- в) регулювання природних монополій;
- г) реструктуризація підприємств і створення вертикально інтегрованих структур;
- д) залучення інвестицій і поліпшення фінансово-економічних показників⁶.

Управлінням об'єктами державної власності регламентується Законом України «Про управління об'єктами державної власності». Стаття 1 цього Закону визначає, що управлінням об'єктами державної власності – це здійснення Кабінетом Міністрів України та уповноваженими ним органами, іншими суб'єктами, визначеними цим Законом, повноважень щодо реалізації прав держави як власника таких об'єктів, пов'язаних із володінням, користуванням і розпорядженням ними у межах, визначених законодавством України, з метою задоволення державних та суспільних потреб. У ст. 3 Закону серед об'єктів управління державної власності є корпоративні права, що належать державі у статутних капіталах господарських організацій (корпоративні права держави)⁷.

Таким чином, можна виділити дві основні особливості корпоративних прав держави в суб'єктах публічного права:

- 1) управління такими корпоративними правами здійснюється в порядку, визначеному окремим законом;
- 2) метою управління корпоративними правами держави є задоволення державних та суспільних потреб.

З огляду на велику кількість господарських організацій, що діють в різних галузях економіки, суттєво відрізняються за розмірами, обсягами та характером виробництва, закон містить великий перелік суб'єктів

управління об'єктами державної власності відповідно, зокрема такі: Кабінет Міністрів України; центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері управління об'єктами державної власності (на сьогодні це Міністерство економічного розвитку і торгівлі України); міністерства, інші органи виконавчої влади та державні колегіальні органи; Фонд державного майна України; органи, що забезпечують діяльність Президента України, Верховної Ради України та Кабінету Міністрів України; органи, які здійснюють управління державним майном відповідно до повноважень, визначених окремими законами; державні господарські об'єднання, державні холдингові компанії, інші державні господарські організації (далі – господарські структури); Національна академія наук України, галузеві академії наук.

Головну роль в питанні управління державними корпоративними правами відіграє Кабінет Міністрів України, який визначає об'єкти управління державної власності, стосовно яких виконує функції з управління, а також об'єкти управління державної власності, повноваження з управління якими передаються іншим суб'єктам управління, визначеним цим Законом.

Натомість серед основних функцій, які покладені на Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, в аспекті цього дослідження варто виділити визначення критеріїв ефективності управління корпоративними правами держави; формування та реалізацію державної дивідендної політики в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Більшість корпоративних прав держави управляються безпосередньо Фондом державного майна України. Фонд згідно зі ст. 7 Закону України «Про управління об'єктами державної власності»:

- здійснює управління корпоративними правами держави в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України;
- створює і веде реєстр корпоративних прав держави, який є складовою Єдиного реєстру об'єктів державної власності, відповідно до законодавства;
- встановлює наявність та визначає розмір корпоративних прав держави в майні господарських організацій, а також у майні громадських організацій колишнього СРСР, розташованих на території України;
- призначає відповідно до законодавства представників держави в органи управління господарських організацій, корпоративні права держави яких перебувають у його управлінні, визначає кандидатури незалежних членів наглядової ради, що пропонуються до обрання до складу наглядових рад господарських товариств, корпоративні права держави яких перебувають у його управлінні;
- здійснює контроль за виконанням умов контрактів керівниками виконавчих органів господарських організацій, які перебувають у його управлінні;

Виходячи з завдань цього дослідження, науковий інтерес становлять особливості управління корпоративними правами держави.

Слід зазначити, що стосовно до корпоративних прав держави законодавцем було встановлено низку спеціальних обмежень. Так, корпоративні права держави заборонено передавати господарським товариствам для формування їх статутних капіталів, крім передачі до статутних капіталів державних акціонерних товариств та державних холдингових компаній. Це обмеження спрямовано на недопущення прихованої приватизації або виведення корпоративних прав з державної власності.

Суб'єкти управління об'єктами державної власності здійснюють управління корпоративними правами держави в господарських товариствах, функції з управління якими вони здійснюють шляхом призначення представників держави для участі у загальних зборах господарських товариств та шляхом призначення (обрання) представників держави і незалежних членів наглядових рад господарських товариств, єдиним акціонером (учасником) яких є держава. У разі якщо держава не є єдиним акціонером (учасником) господарського товариства, відповідний суб'єкт управління об'єктами державної власності забезпечує надання кандидатур членів наглядової ради загальним зборам акціонерів (учасників).

Як правило, представник держави на загальних зборах та засіданнях наглядових рад самостійно приймає рішення з питань порядку денного. Виключення щодо вказаного повноваження може бути встановлено на рівні закону.

Законодавець встановив ряд обмежень і гарантій, покликаних не допустити безконтрольного виведення майна з товариств, в яких держава володіє корпоративними правами. Наприклад, голосування на загальних зборах із питань про вчинення значних господарських зобов'язань, предметом яких є майно, роботи або послуги, ринкова вартість яких становить 25 і більше відсотків вартості активів господарського товариства, акціонером (учасником) якого є держава, за даними останньої річної фінансової звітності цього господарського товариства, здійснюється представником держави на загальних зборах виключно на підставі довіреності із завданням на голосування з цього питання, виданої суб'єктом управління об'єктами державної власності.

Особливістю реалізації корпоративних прав у суб'єктах публічного права також є те, що в разі якщо держава є єдиним акціонером (учасником) господарської організації, функції з управління корпоративними правами держави виконуються безпосередньо, без скликання загальних зборів акціонерів (учасників) господарського товариства.

Більш унормованим є й питання про виплату дивідендів. Так, господарські товариства, у статутному капіталі яких є корпоративні права держави, до 1 травня року, що настає за звітним, приймають рішення про відрахування не менше 30 відсотків чистого прибутку на виплату дивідендів. Дивіденди нараховуються про-

порційно розміру державної частки (акцій) у статутних капіталах таких господарських товариств та сплачуються до Державного бюджету України у строк не пізніше 1 липня року, що настає за звітним. Порухення строків і порядку нарахування дивідендів має наслідком стягнення з товариства пені.

Варто звернути увагу й на особливості формування наглядових рад. У разі якщо корпоративні права держави перевищують 25 відсотків статутного капіталу господарської організації, до складу наглядової ради та ревізійної комісії обов'язково включається представник Фонду державного майна України або уповноваженого органу управління. У разі якщо корпоративні права держави перевищують 50 відсотків статутного капіталу – до складу ревізійної комісії додатково до представників Фонду державного майна України або уповноваженого органу управління включається представник центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, або центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику.

В.І. Жабський вважає, що система управління корпоративними правами держави у системі корпоративних правовідносин є недосконалою з таких причин:

- 1) брак економічних і соціальних критеріїв установалення і збереження державних корпоративних прав;
- 2) недосконалість механізмів управління товариствами з державною часткою, визначення необхідного і достатнього їх обсягу стосовно конкретних підприємств;
- 3) недосконалість критеріїв оцінювання ефективності реалізації корпоративних прав держави;
- 4) відсутність стрункої і розгалуженої інституціональної системи управління ними⁸.

З такою думкою вченого можна погодитись тільки частково. Так, у 2016 р. в Україні відбулась реформа, яка мала наслідком істотне посилення правового регулювання діяльності наглядових рад у господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі. Зокрема важливою новелою стало те, що більшість членів наглядової ради в таких товариствах мають становити незалежні члени наглядової ради. Закон України «Про управління об'єктами державної власності» деталізує порядок призначення та вимоги до незалежних членів наглядових рад господарських товариств, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі. Незалежний член наглядової ради має рівні права і обов'язки з іншими її членами. Під час здійснення повноважень члена наглядової ради, у тому числі під час голосування на її засіданнях, незалежний член наглядової ради керується законами України та професійним досвідом щодо доцільності прийняття відповідних рішень. Незалежні члени наглядових рад самостійно визначаються щодо голосування з усіх питань порядку денного засідання наглядової ради.

Висновки. Таким чином, щодо корпоративних прав держави законодавцем було встановлено низку спеціальних обмежень. Зокрема, корпоративні права держави заборонено передавати господарським товариствам для формування їх статутних капіталів, крім передачі до статутних капіталів державних акціонерних товариств та державних холдингових компаній. Це обмеження спрямовано на недопущення прихованої приватизації або виведення корпоративних прав з державної власності.

Істотне посилення правового регулювання діяльності наглядових рад у господарських товариствах, у статутному капіталі яких більше 50 відсотків акцій (часток) належать державі, мало наслідком впровадження положення про те, що більшість членів наглядової ради в таких товариствах мають становити незалежні члени наглядової ради. Незалежний член наглядової ради має рівні права і обов'язки з іншими її членами та самостійно визначаються щодо голосування з усіх питань порядку денного засідання наглядової ради.

¹ Суб'єкти господарювання державного сектору економіки (державних підприємств, їх об'єднань, дочірніх підприємств та господарських товариств, державна частка у статутному капіталі яких перевищує 50 відсотків), станом на 01.10.2020. *Фонд державного майна України*. URL: <http://www.spfu.gov.ua/ua/content/spf-stateproperty-Subiekti-gospodaruvannya.html>

² Іващенко О.М. Адміністративно-правове регулювання корпоративних прав держави: дис. ... к.ю.н. 2008. С. 13 (189).

³ Шапошников К.С. Корпоративні права держави: особливості реалізації та управління. *Наукові праці Кіровоградського національного технічного університету. Економічні науки*. 2012. Вип. 22(2). С. 57–62.

⁴ Господарський кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2003. № 18. № 19–20. № 21–22. Ст.144.

⁵ Про затвердження Порядку перетворення державного унітарного комерційного підприємства в акціонерне товариство. Постанова Кабінету Міністрів України № 802 від 29.08.2012. *Урядовий кур'єр*: офіційне видання від 08.09.2012, № 162.

⁶ Солов'ян Ю. Управління державними корпоративними правами: оцінка ефективності. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Серія «Економіка» 2011. С. 103–108.

⁷ Про управління об'єктами державної власності. *Голос України*: офіційне видання від 01.11.2006. № 204.

⁸ Жабський В.І. Корпоративні права держави як об'єкт корпоративних правовідносин. *Наше право*. №10. 2013. С. 16–22.

Резюме

Леонов К.Ю. Правові механізми реалізації корпоративних прав суб'єктами публічного права.

У статті автором розглядаються правові аспекти реалізації корпоративних прав суб'єктами публічного права – державою та органами місцевого самоврядування. Визначено, що держава наразі є найбільшим власником корпоративних прав в Україні. Розглянуто правові ознаки організаційно-господарських повноважень відповідних органів управління щодо суб'єктів господарювання. Виділено основні особливості корпоративних прав держави в суб'єктах публічного права та зроблено висновки щодо удосконалення процедур управління такими правами.

Ключові слова: корпоративні права, уповноважений орган управління, господарські товариства; корпоратизація.

Резюме

Леонов К.Ю. Правовые механизмы реализации корпоративных прав субъектами публичного права.

В статье автором рассматриваются правовые аспекты реализации корпоративных прав субъектами публичного права – государством и органами местного самоуправления. Определено, что государство сейчас является крупнейшим собственником корпоративных прав в Украине. Рассмотрены правовые признаки организационно-хозяйственных полномочий соответствующих органов управления относительно субъектов хозяйствования. Выделены основные особенности корпоративных прав государства в субъектах публичного права и сделаны выводы по совершенствованию процедур управления такими правами.

Ключевые слова: корпоративные права, уполномоченный орган управления, хозяйственные общества; корпоратизация.

Summary

Konstantin Leonov. Legal mechanisms for the implementation of corporate rights by public law entities.

The state is the largest owner of corporate rights. Entities operating on the basis of state ownership only, as well as entities whose state share in the authorized capital exceeds fifty percent or is a value that provides the state with the right to decisive influence on economic activity are recognized as economic entities of the public sector of the economy these subjects. Instead, the subjects of economic sector of the economy are entities that operate on the basis of communal property only, as well as entities in the authorized capital of which the share of communal property exceeds fifty percent or is a value that provides local governments with the right to decide impact on the economic activities of these entities.

There are two main features of corporate rights of the state in the subjects of public law: 1) management of such corporate rights is carried out in the manner prescribed by a separate law; 2) the purpose of managing the corporate rights of the state is to meet state and public needs.

In 2016, Ukraine underwent a reform that resulted in a significant strengthening of the legal regulation of the activities of supervisory boards in companies in the authorized capital of which more than 50 percent of shares (stakes) belong to the state. In particular, an important novelty was that the majority of members of the supervisory board in such companies must be independent members of the supervisory board. Thus, in relation to the corporate rights of the state, the legislator has established a number of special restrictions. In particular, the corporate rights of the state are prohibited to transfer to companies for the formation of their authorized capital, except for the transfer to the authorized capital of state joint stock companies and state holding companies. This restriction is aimed at preventing covert privatization or withdrawal of corporate rights from state ownership.

Significant strengthening of legal regulation of supervisory boards in companies in the authorized capital of which more than 50 percent of shares (stakes) belong to the state, resulted in the introduction of the provision that the majority of members of the supervisory board in such companies must be independent members of the supervisory board. An independent member of the Supervisory Board has equal rights and responsibilities with other members and independently decides on voting on all issues on the agenda of the Supervisory Board meeting.

Key words: corporate rights, authorized management body, business entities; corporatization.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.55

УДК 347.78

Н.Д. КОГУТ, М.В. ТАРАСЕНКО

*Наталія Дмитрівна Когут, кандидат юридичних наук, старший викладач Національного технічного університету України «КПІ» імені Ігоря Сікорського**
ORCID: 0000-0001-6990-8752

*Маргарита Володимирівна Тарасенко, студентка магістратури Видавнично-поліграфічного інституту Національного технічного університету України «КПІ» імені Ігоря Сікорського***
ORCID: 0000-0002-2026-0999

ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ НА ОРИГІНАЛЬНІ ТВОРИ МИСТЕЦТВА: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Постановка проблеми. Візуальне мистецтво протягом тисячоліть пройшло складний шлях і в певні періоди набувало різних якостей: від наскельних рисунків до складних форм вираження людських почуттів, що відповідають соціально-політичному замовленню свого часу. Творче надбання виражається в архітектурі, скульптурі, графіці, живописі, фотографії, дизайні, театрално-декораційному та декоративно-прикладному мистецтві. Нам відомо безліч художніх стилів: одні виражаються епохами, інші існують всього декілька років. Таким чином, творцю, щоб створити щось унікальне, просто неможливо не звертатися до праць своїх попередників чи сучасників.

Існує тонка грань між пошуком натхнення в чужих творах і плагіатом. Важливо враховувати, що навіть найбільш популярні автори, особливо на початку своєї кар'єри, створюють свої твори через осмислення та використання елементів чужих творів¹. Студенти та початківці копіюють твори задля підвищення власної майстерності. Це природно, однак вони виступають лише в якості учбових творів, не мають ніякої цінності як витвір мистецтва, а тому комерція тут недоречна.

Не так важливо, хто є автором твору: ним може бути будь-яка особа чи угруповання, в тому числі дитина чи психічно хвора людина². У будь-якому випадку законодавство закріплює право на використання твору у будь-який спосіб за автором.

Кожний вид мистецтва має певні нюанси щодо захисту прав, що дає привід більш детально обґрунтувати дане питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед наукових досліджень щодо врегулювання захисту прав на художній твір слід зазначити авторів, які висвітлюють та обґрунтовують певні деталі, що є сумнівними і неточними в українському законодавстві. Наукові праці К. Семенюк, А. Шафран, О. Улітіної, Р. Самсіна, Є. Романової, Є. Грекова лягли в основу написання даної статті.

Мета статті. Дослідження авторського права у сфері образотворчого мистецтва та інших видів мистецтва і виявлення особливостей і аномалій щодо захисту творів різних видів мистецтва, визначення змісту плагіату та похідних творів мистецтва.

Виклад основного матеріалу. Пройшло багато століть, перш ніж творчістю змогли насолоджуватися і займатися всі бажаючі. Крім того, з розвитком науки і техніки з'явилися нові методи створення мистецтва: фотографія, цифровий малюнок, 3D-друк, анімаційні фільми тощо. У положенні про Експертну раду Міністерства культури України з питань сучасного мистецтва дається таке визначення сучасному мистецтву:

© Н.Д. Когут, М.В. Тарасенко, 2020

* *Natalia Kogut, Ph.D. in Law, Senior Lecturer of the National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute"*

** *Marharyta Tarasenko, Master's student of the National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute"*

«сучасне мистецтво – сукупність сформованих у другій половині ХХ століття художніх засобів та форм, в яких основна увага приділяється концептуальному вираженню проблематики взаємовідносин особистості та суспільства, що виражаються переважно у медіа-мистецтві (відео-арт, медіа-інсталяція, медіа-перформанс тощо), яке створюється та висвітлюється за допомогою сучасних інформаційно-комунікаційних технологій (відео-, комп'ютерні, мульти-медійні тощо), а також у традиційних видах мистецтва (скульптура, живопис, графіка тощо)»³.

Отже, мистецтво стало доступним для людства. Тепер художником може стати будь-яка особа, яка взагалі здатна творити красу. Як зазначає О. Улітіна, «сьогодні проявити свою індивідуальність у творчості значно простіше і дешевше»⁴. Не дивно, що з'явилась потреба в авторському праві: воно охороняє результати інтелектуальної творчої діяльності, виконані у певній формі. Кожний окремий вид мистецтва потребує свого власного підходу щодо врегулювання права автора на твір.

Архітектура. Це єдиний вид мистецтва, що виокремлений в Законі України «Про авторське право і суміжні права»⁵. Даний Закон дає таке визначення: «твір архітектури – твір у галузі мистецтва спорудження будівель і ландшафтних утворень (креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо)». Така ж стаття існує і в Законі України (далі – ЗУ) «Про архітектурну діяльність»⁶. Даний термін суперечить ст. 8 цього ж закону: авторське право поширюється лише на форму вираження твору (у даному випадку на твір архітектури), але не може поширюватись на концепції, процеси, навіть якщо вони описані та проілюстровані. Отже, авторське право не може захищати ескізи і креслення при їх використанні в будівництві. Однак при цьому кінцевий результат (будівля чи ландшафтне утворення) створюється не архітектором, а будівельною компанією, тобто можна припустити, що дана будівельна компанія є аналогом суб'єкта суміжних прав. У законі не точно вказано, в чому виражаються об'єкти суміжних прав. У ст. 35 ЗУ «Про авторське право і суміжні права» незрозуміло, що таке «інші» твори. Можливо, саме механічна робота у створенні авторського твору мала б стати об'єктом суміжного права. *Визнання будівельних компаній та видавництва суб'єктами суміжних прав* вирішило б чимало питань щодо розподілу майнових прав між авторами та суб'єктами, які допомагають у механічному створенні складних оригінальних об'єктів та тиражуванні літературно-художніх творів і їх розповсюдженні, існує проєкт директиви щодо розширення суб'єктів суміжних прав⁷. Проте будівельні компанії, як правило, є замовниками, тож підписують договори з архітекторами про передачу їм всього комплексу виключних авторських майнових прав ще до початку їх співпраці з архітекторами.

Хоча *креслення* не є кінцевим результатом архітектурної діяльності, вони – підтвердження авторства. Існує версія, що автором відомої київської модернової споруди – будинку з химерами – був не Владислав Городецький, а інший архітектор – Микола Добачевський. Однак на кресленнях споруди стояв підпис Городецького. До того ж, Городецький був не тільки архітектором, а й замовником⁸.

Тож у даному випадку простежується недосконалість законодавства, оскільки захищається креслення як малюнок (авторське право), однак відсутній надійний механізм захисту прав архітектора на дозвіл чи заборону втілення цього креслення в будівлю і збереження авторських прав на архітектурну (креативну) частину вартості будівлі, а також на визначений законодавством авторський нагляд за будівництвом, адже в даному випадку правовій охороні підлягатиме не форма вираження твору, а ідея (креслення і будівля – різні форми вираження творів). Втім, креслення та архітектурні проєкти не є об'єктами патентного права, яке захищає ідеї, не можуть бути запатентовані як винахід, корисна модель, а також не належать до промислових зразків товарів. При цьому, відповідно до ч. 6 ст. 30 Закону України «Про архітектурну діяльність», реалізація затвердженого органами влади робочого проєкту будівництва допускається одноразово, а повторна – лише за згодою автора, зазначеного в проєктній документації, який нерідко є номінальним автором.

Хоча архітектура є виявом образотворчого мистецтва, вона значно відрізняється від інших видів тим, що поєднує в собі три види діяльності: художню, наукову і технічну. Архітектор – не просто художник, він не лише придумує красивий зовнішній вигляд будівлі, він підбирає матеріали, вирішує інженерні питання, продумує доцільність, міць споруди. За словами Є. Грекова, «характерною особливістю творчого характеру діяльності зі створення творів архітектури є обов'язкове поєднання у творчому процесі: з одного боку, визначених утилітарних потреб людей, а з другого – розкриття в архітектурних формах задумів та почуттів автора... що й утворює саме ті особливі риси, які відрізняють цей твір від багатьох інших, подібних йому»⁹. Проте *будівля як цілісний твір не є об'єктом авторського права*, оскільки авторське право захищає лише форму будівлі, а не інженерні рішення, які самі по собі, окремо від будівлі, можуть бути запатентовані як винаходи чи корисні моделі.

Крім того, архітектурну частину будівлі може формувати не тільки архітектор. Будинок з химерами відомий насамперед скульптурами, хоча ми знаємо архітектора, а не скульптора. Якщо звернути увагу на готичні костюли або барокові будинки, можна помітити, що вони цінні не тільки як пам'ятники архітектури. Вони прикрашені величезною кількістю скульптур, вітражів, фресок, мозаїк тощо. Отже, було задіяно велику кількість різнопланових митців, які співпрацювали між собою. Варто згадати також, що в середньовіччя стобори будувалися протягом століть, тому вони мають не тільки декількох авторів, а й виконані в декількох стилях. Наприклад, Шартрський собор у Франції має різні вежі, одна з яких виконана в романському стилі, інша – в стилі палаючої готики. Різниця в побудові цих веж – 500 років. Приміром, у літературному збірнику може бути декілька авторів, хоча кожна частина може існувати незалежно, так і в архітектурі певні частини закріплюються за окремими авторами.

Скульптура. Закон не дає певного визначення поняттю «скульптура». «Скульптура (лат. *sculpture, sculpto* – висікаю, вирізаю) – ліплення, пластика (гр. *plastike*, від *plasso* – ліплю), вид образотворчого мистецтва, що заснований на принципі об'ємного, фізично тривимірного зображення, твори якого виконуються з твердих або пластичних матеріалів»¹⁰.

Скульптури можуть існувати як незалежно, так і бути частиною цілого: вони можуть прикрашати парки, площі, інтер'єр та екстер'єр споруд тощо.

Історія знає випадки, коли навіть авторство великих майстрів ставилося під сумнів. Коли Мікеланджело закінчив свою «Пьету» і її виставили в Соборі Святого Петра, до автора дійшли чутки, що народ приписує цю роботу іншому скульптору – Кристофоро Соларі. Тоді Мікеланджело висік на поясі Діви Марії: «Це зробив флорентієць Мікеланджело Буонаротті». Пізніше він шкодував про цей спалах гордості й у подальшому більше не підписував свої скульптури.

Є ще більш древні згадки порушення авторського права на твори скульптури. Після захоплення Римською імперією Греції звідти було вивезено велику кількість грецьких скульптур. Ці скульптури копіювалися римськими ремісниками, які разом з оригіналами розміщувалися в садах полководців та знатних людей. При цьому імена грецьких майстрів, які були викарбувані на підніжжі статуй, стиралися. Можливо, саме тому римські скульптори, на відміну від грецьких, вважалися ремісниками, а не майстрами.

Мабуть, одним з найбільш популярних різновидів плагіату є скульптура, що зображує відомих людей і персонажів. Такі скульптури популярні серед фанатів, які купують подібний товар у великих кількостях. Закон не забороняє створювати такі роботи у некомерційних цілях. Але враховуючи кількість магазинів, що продають такі фігурки, постає питання, чи мають вони право на їх продаж, адже далеко не всі з них мають ліцензію. По суті, це один із різновидів плагіату, коли особа здійснила переробку твору чи його частини і видала як результат власної творчої діяльності. Постає й інше питання: чи можна створювати картину або скульптуру живою відомою людиною без її дозволу в комерційних цілях чи для публічного розміщення. Приміром, щодо фотографічних творів існує чітка заборона на такі дії.

У другій половині ХХ ст. з'явився новий вид скульптури, що створюється за допомогою 3D-друку. Цей вид можна назвати співпрацею художника і машини. У той час як автор придумує концепцію, 3D-принтер реалізує її, виконуючи механічну роботу. За словами Д.В. Каварги, сучасного скульптора, «створення фізичних об'єктів з цифрових моделей ще не стало буденним в мистецтві, навіть в сучасному, але це – авангард, завтрашній день для втілення задумів художників в реальність»¹¹. Спершу такі роботи створюються у 3D-програмі, яких на даний момент чимало. Для сучасного мистецтва це зовсім нова техніка, саме тому такі роботи поки що цінуються. Інше питання, чи можна вважати кожний примірник оригінальним. Така техніка дуже схожа із цифровою фотографією, бо збільшує тиражність твору і додає нових можливостей при створенні малих деталей, але має й певні обмеження. Щоб створити скульптуру великих розмірів, її необхідно розділити на сегменти, які вручну збираються, після чого затираються шви і підфарбовуються. Отже, щоб визначити ступінь цінності скульптури і захищати її авторське право, надрукованої на 3D-принтері, потрібно індивідуально досліджувати її характеристики.

Графіка. Графіка – робота, виконана за допомогою лінії і штриха. Така робота, як правило, створюється на контрасті чорного та білого, однак зустрічаються поліхромні твори (наприклад, кольорова літографія). Графіка поділяється на станкову, прикладну, книжково-журнальну, плакатну, комп'ютерну та графіку письма. Це найдревніший вид мистецтва, адже саме з наскельних малюнків (що є, без сумніву, графікою) людина починає увічнювати свою історію і закладає фундамент мистецтву.

Закон не виокремлює графіку в окреме визначення, однак перераховує окремі види графіки, об'єднуючи їх під загальною назвою «образотворче мистецтво». Це не є правильним, адже твори архітектури і декоративного мистецтва також можна об'єднати під цим визначенням. А згідно з такою класифікацією станкову графіку відносять до образотворчого мистецтва, а ужиткову графіку – до ужиткового. У даному випадку законодавство може піти двома шляхами: об'єднати три окремих визначення (архітектура, образотворче мистецтво, ужиткове мистецтво) в одне – образотворче мистецтво, або розбити на більш точну класифікацію: *архітектура, живопис, графіка, скульптура, декоративно-ужиткове мистецтво, фотомистецтво і дизайн*.

Естамп є унікальним видом графічної техніки. Він об'єднує в собі різні техніки друку: офорт, дереворит, літографія, ліногравюра, шовкографія тощо. Кожна техніка має свої якості, але в них є спільний етап: на попередньо створену форму наноситься фарба і під тиском відбивається на поверхні, яку потрібно задрукувати. У результаті, залежно від техніки, можна отримати певну кількість відбитків. Це значно здешевлює вартість кожного листа, але при цьому роботи з однієї форми можна продати багато разів, що допомагає швидше популяризувати художника¹². Ціну за кожний примірник визначає автор, у результаті перші відбитки будуть найдорожчими, тоді як автор літературного твору отримує прибуток у вигляді роялті з продажу кожної копії твору¹³.

На відміну від сучасної поліграфічної продукції, коли примірники є копіями початкового макету, кожний відбиток є окремим оригінальним продуктом. Але при цьому і сама форма – оригінал. При кожному новому відбитку малюнок потроху стирається, на нього наноситься різна по щільності, структурі й кольору фарба тощо. Комбінуючи різні прийоми, автор створює роботи, які не схожі одна на іншу. Отже, *гравюра – це і метод, і витвір мистецтва*. Такі відбитки можна порівняти із плівковими фотографіями, коли кожна проявлена фотографія буде оригіналом.

У законодавстві не підтверджено, але є дві версії щодо оригінальності відбитку. Відповідно до першої, кожний відбиток є оригіналом, незалежно від участі автора, але із зазначенням імені, в тому числі після його смерті. Друга версія свідчить, що лише ті відбитки, що створювалися автором чи під його керівництвом, можна вважати оригінальними. Однак все-таки авторський відбиток ціниться вище. Гравюри, підписані лише на початковій формі, значно дешевші, ніж ті, що підписані автором від руки. Отже, хоча техніка була винайдена для копіювання, в наші часи її можна назвати елітарним видом мистецтва, що ціниться не тільки оригінальністю ідеї, а й складністю процесу виготовлення.

Процес створення гравюр можна порівняти із стародавніми книгами. Кожна книга створювалась індивідуально, тому кожний наступний примірник доповнювався, покращувався залежно від статків замовника. Це дало поштовх для експериментів, що надало можливість покращити і здешевити процес виготовлення. Сучасна логіка макетування та маркування тексту склалася саме в рукописний період. Серед ілюстрацій і графічних елементів книги зустрічаються і гравюрні відбитки, і вручну мальовані зображення. З появою книгодрукарства, започаткованого Гутенбергом, виникло питання щодо захисту авторського права¹⁴.

Сучасні видання створюються великими тиражами за допомогою друкарських форм і машин. Примірники не мають індивідуальності, тому захищаються інакше. Звичайно, у книзі вказане ім'я автора і видавництво, але власник може перепродати книгу, не сплачуючи відсотків авторам за правом слідування. Особливого захисту потребують *pop-up* видання, що цінні не лише нестандартною формою, а й складністю виготовлення¹⁵. Найдорожча частина при виготовленні *pop-up* книг – ручна збірка і приклейка. Отже, хоча книги даного типу тиражні, але кожний примірник вручну дорізається, перевіряється, тому має свою індивідуальність.

Анімаційні фільми – відкриття ХХ ст. Якщо сказати іншими словами, то це історія в картинках, тобто за допомогою послідовного розміщення кадрів створюється рухоме зображення, причому кадри можуть бути не тільки мальованими, а й фотографічними (коли застосовуються об'ємні об'єкти, виконані із пластиліну чи пластику). У даному випадку мають захищатися не тільки ті якості, що притаманні іншим видам мистецтва (композиція, підбір кольорів тощо), а й сценарій.

На кінець 2019 р. в судах розглядається питання щодо можливого плагіату в мультфільмі про крокодильчика-ізгоя, автором сценарію якого став британський письменник Дерик Тан. Продюсер Д. Рожкова вислала письменнику на підписання договір, у результаті якого виключні авторські права передаються продюсеру. Після відмови Тана Д. Рожкова продовжила працювати над проектом, змінивши назву твору і недолік головного героя. Дерик Тан вважає, що українці вкрали його концепцію, і тепер працюють над мультсеріалом із його ідеєю. «Вони виграли грант з моєю концепцією, над якою я працював останні роки. А потім поміняли назву і взяли якогось сценариста, який нібито щось придумав сам. Це плагіат», – каже Дерик. У свою чергу, Д. Рожкова запевняє, що після відмови британця вони найняли нового сценариста і за вісім днів розробили концепцію з нуля, а залишили саме крокодильчика з тієї причини, що це дуже вдалий образ, який часто зустрічається в літературі¹⁶.

Відповідно до Закону «Про авторське право і суміжні права», всі частини твору повинні захищатися, навіть якщо вони можуть існувати самостійно. Будь-яка переробка твору вважається похідною, навіть зі значними змінами. Закон не уточнює, яка кількість змін може вноситись у твір. Отже, персонаж – це власність автора, до того ж основна ідея простежується в похідному творі. Проте, якщо персонаж є загальновідомим об'єктом, що виражається загальноживим словом, то його неможливо захистити, а *сюжет є концепцією чи ідеєю, яка, на жаль, не захищається ні авторським правом, ні патентним правом*. Тож, слід констатувати, що сюжет твору, концепція фільму тощо не охороняються авторським правом, тому треба шукати нові правові конструкції для захисту прав сценаристів.

Дизайн. Визначення дизайну в законодавстві найменш точне. Він описаний як твір образотворчого мистецтва, однак він належить скоріше до ужиткового або декоративно-прикладного мистецтва, що складається з окремих елементів, які формують естетичні й функціональні якості предметного середовища.

Одним із найбільших проривів людства в останні десятиліття можна назвати штучний інтелект. Штучний інтелект застосовується у різних сферах людського життя, в тому числі і в дизайні¹⁷, однак штучний інтелект не вмє творити самостійно, процес складається із комбінування і опрацювання результатів людської діяльності. До найбільш цікавих програм для дизайнерів, що використовують штучний інтелект, можна віднести Let's Enhance, NVIDIA: AI Reconstructs Photos, Font Joy тощо. Кожна з них виконує певні функції: підбирають шрифтові пари, розфарбовують, домальовують або стилізують фотографії, верстають сайти¹⁸.

Таким чином, штучний інтелект виступає в ролі співавтора, хоча і неповноцінного, адже поки штучний інтелект не вмє самостійно творити. Штучний інтелект – це інструмент в руках автора, як, наприклад, фотокамера. Фотограф самостійно налаштовує камеру, щоб отримати різні за якістю і настроєм фотографії. Отже, потрібно визначити, яку частину твору у процентному співвідношенні повинен виконати творець, щоб вважатися автором. Як у випадку з цитуванням, кількість роботи, виконаної штучним інтелектом, не повинна перевищувати внеску автора¹⁹.

Живопис. Під живописом розуміють вид образотворчого мистецтва, твори якого створюються за допомогою фарб, що наносяться на будь-яку поверхню. Захист живописного твору найбільш визначений, адже його неможливо тиражувати. За плагіат не вважається використання творів скульптури у живописному творі і навпаки²⁰.

У сфері живопису значно більша проблема, пов'язана із плагіатом, ніж у будь-якому іншому виді мистецтва з тієї причини, що на живописну картину значно більший попит і простіші умови копіювання

(доступність фарб і полотен, можливість дописувати деталі для досягнення схожості тощо). Така проблема хвилювала художників у всі часи, оскільки ідея картини, сюжет, композиція, кольори є інтелектуальною власністю творця. Копіювання може бути повним чи частковим: плагіатор може повторити композицію і колір, але змінити сюжет. Якщо, картина створюється не з уяви художника, а з існуючого пейзажу, то довести факт плагіату майже неможливо.

У багатьох країнах дозволяється продаж картин без підпису. В цілому, найбільш небезпечним для плагіатора вважається копіювання картин відомих майстрів. Якщо в автора виникає потреба вказати своє ім'я, уникаючи звинувачень у плагіаті, то потрібно вирахувати ступінь плагіату. Як і в інших видах мистецтва, процент плагіату не повинен перевищувати половини власного внеску. Однак чітких критеріїв визначення плагіату в мистецьких творах законодавство не містить, це будуть визначати судові експерти в кожному конкретному випадку.

Пітер Пауль Рубенс, художник епохи бароко, для створення своїх полотен використовував учнів-підмайстрів, адже працювати у майстерні Рубенса було великою честю. Його робота полягала у створенні ескізів, написанні облич та фінальних мазків, але все одно автором значився лише він. Однак Рубенс був не першим, хто використав такий прийом: до нього працювали разом з учнями Мікеланджело, Ботічеллі, Гірландайо та інші. Полотна, створені майстрами особисто, коштували значно дорожче. Отже, підмайстрів можна вважати *співавторами з меншою участю*, щоправда, законодавство не визначає такого поняття, як визначення відсотка участі співавтора. Разом із тим на практиці підмайстри отримують заробітну плату за свою роботу, яка вважається технічною, і не мають авторських прав. Зазначений вид технічної роботи суттєво відрізняється від технічного вкладу видавництва чи будівельних компаній, тому їх не слід відносити до можливого розширення суб'єктів суміжних прав.

Висновки. Щоб визначити, чи є твір мистецтва оригінальним, слід виміряти відсоток запозичення із творів інших авторів. Це не означає копіювання, адже створити щось повністю нове з таким різнобарв'ям художніх стилів майже неможливо. Із розвитком цифрових технологій автор може прорекламувати себе на весь світ, адже у користувачів з'явився необмежений доступ до творів мистецтва. Однак наразі не може бути впевненості в тому, що результат творчої діяльності абсолютно оригінальний, проте законодавство має чіткіше врегулювати поняття *«похідного твору мистецтва»*, на який потрібна згода первинного автора та ступеня можливого використання форми вираження одного твору в іншому без згоди автора первинного твору залежно від різних видів мистецтва.

¹ Семенюк К. Порушення у сфері авторського права: некоректне цитування та плагіат. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2018. № 6. С. 5–19.

² Штефан А. Феномен творчої діяльності в авторському праві. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2018. № 4. С. 5–13.

³ Про затвердження Положення про Експертну раду Міністерства культури України з питань сучасного мистецтва від 2.12.2016 р. № 1130 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1664-16/ed20161202#n19>

⁴ Улітіна О. Фан-арт і авторське право. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2018. № 2. С. 12–15.

⁵ Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-XII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>

⁶ Про архітектурну діяльність: Закон України від 20.05.1999 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/687-14#Text>

⁷ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. (Text with EEA relevance.). OJL 130. 17.5.2019. P. 92–125.

⁸ Рудяченко А. Дом, который построил Влад. URL: https://zn.ua/personalities/gorodeckiy-dom-kotoryy-postroil-vlad-318653_.html

⁹ Греков Є.А. Авторське право на твори архітектури : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. 20 с.

¹⁰ Словник мистецьких термінів / Г. Сотська, Т. Шмельова. Херсон: Вид-во «Стар», 2016. 52 с.

¹¹ Киселёв В. 3D-печать в искусстве: скульптуры художника Каварги. Хабр. 25.09.2017. URL: <http://habr.com/ru/company/top3dshop/blog/406903/>

¹² Сасина Я. Эстамп. URL: <https://artchive.ru/encyclopedia/118~Estamp>

¹³ Самсін Р.І. Виникнення права слідування як особливого авторського повноваження в законодавстві країн Європи. *Науковий вісник ужгородського національного університету*. 2015. Вип. 30 (1). С. 151–156 (Серія «Право»).

¹⁴ Жуковская Л.П. Рукописная книга. URL: <http://redkayakniga.ru/knigovedenie/item/f00/s01/e0001777/index.shtml>

¹⁵ Романова Е.О. Книги поп-ап, или «книги-забавы», вчера и сегодня. *Искусство Евразии*. 2018. № 4 (11). URL: <https://readymag.com/u50070366/1214115/12/>

¹⁶ Маракин Д. Украинцы выиграли 602 000 грн на мультсериал. Британский режиссер обвинил их в краже проекта. Что происходит?. 04.12.2019. URL: https://vctr.media/problemnyy-krokodilchik-32930/?utm_source=ig&utm_medium=post&utm_campaign=ig_vector

¹⁷ Girling, R. AI and the Future of Design: What will the designer of 2025 look like? 2017. URL: https://www.artefactgroup.com/ideas/ai_design_2025/

¹⁸ Патасеп А. Инструменты дизайна будущего. Design Prosmotr. 02.09.2018. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=Tf5CcQbDn-0>

¹⁹ Зайцева-Калаур І.В. Межі використання авторських творів журналістів організаціями ЗМІ. *Часопис Академії адвокатури України*. 2013. № 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2013_3_10

²⁰ Дроб'язко В. Закон УРСР «Про авторське право» 1929 року. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2018. № 3. С. 5–12.

Резюме

Когут Н.Д., Тарасенко М.В. Особливості захисту прав на оригінальні твори мистецтва: історико-правовий аспект.

Автори досліджують правове регулювання захисту авторських прав щодо всіх можливих видів мистецтва: архітектура, скульптура, графіка, дизайн, живопис та ін. Зосереджується особлива увага на виникненні авторських прав на твори в нових мистецьких жанрах в еру цифрових технологій, зокрема: 3-D цифрові моделі; естамп; гравюра; поп-ап видання та інші. Визначаються особливості вільного використання творів та створення похідних творів у різних видах мистецтва.

Ключові слова: образотворче мистецтво, авторське право, плагіат, архітектура, скульптура, живопис, графіка.

Резюме

Когут Н.Д., Тарасенко М.В. Особенности защиты прав на оригинальные произведения искусства: исторически-правовой аспект.

Авторы исследуют правовое регулирование защиты авторских прав относительно всех возможных видов искусств: архитектура, скульптура, графика, дизайн, живопись и др. Сосредотачивается особенное внимание на возникновении авторских прав на произведения в новых жанрах искусства в эру цифровых технологий, в частности: 3-D цифровые модели; эстамп; гравюра; поп-ап издания и другие. Определяются особенности свободного использования произведений, а также создания производных произведений в разных видах искусств.

Ключевые слова: изобразительное искусство, авторское право, плагат, архитектура, скульптура, живопись, графика.

Summary

Natalia Kogut, Marharyta Tarasenko. Peculiarities of Author's Rights Protection to Original Works of Art: Historical and Legal Aspect.

The authors investigate the legal regulation of copyright protection in all possible arts: architecture, sculpture, graphics, design, painting, etc. The authors focus on the emergence of copyright in works in new art genres in the digital age, in particular: 3-D digital models; engraving; engraving; pop-up publications and others. Peculiarities of free use of works and creation of derivative works in different kinds of art are determined.

Each art form needs its own approach to regulating the author's rights to the work. Architectural objects include both construction projects and drawings, as well as the buildings themselves, garden and park formations.

The architectural design and the building are protected separately from each other. Therefore, there is no possibility to protect the architect's rights to permit or prohibit the implementation of the project in the building and preserve the copyright to the architectural part of the building value, because in this case the idea (construction project) and building – various forms of works' expression. However, construction projects are not subject to patent law, can not be patented as an invention, utility model, and do not belong to industrial designs. The building as a whole is not the subject of copyright, as copyright protects only the shape of the building, not engineering solutions, which in themselves, separately from the building, can be patented as inventions or utility models.

Plagiarism of sculptures, especially sculptures of famous people and characters, is difficult to prove. In addition, there is the question of the need to obtain permission from living famous people to create such sculptures for their commercial use. There is a question of recognizing or not recognizing the 3-D sculpture as the original object of copyright.

Works of fine art can be divided into: architecture, painting, graphics, sculpture, decorative and applied arts, photography and design. Works created with the help of a print as a unique type of graphic technique are considered original, as well as film photographs, when each developed photo will be original. Each copy of a book created using the pop-up technique is also considered original.

The plots of films are difficult to defend in the context of copyright, because, in fact, they are a concept or idea that is easy to change. The legislation does not clearly define that such a modification will be considered a derivative of the original work. The legislation does not contain clear criteria for defining plagiarism in works of art. Also, the legislation does not regulate co-authorship with more or less complicity.

Key words: fine arts; copyright; plagiarism; architecture; sculpture; painting; graphics.

K. MILITSYNA

*Kateryna Militsyna, Ph.D. Student of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv**

ORCID: 0000-0002-3954-2320

AI CARAVAN MOVES ON. DOES IT NEED COPYRIGHT INCENTIVES?

Problem statement. Artificial intelligence (AI) handles everything, whether fueling extensive discussions or continuing developing at an exponential pace. Some people believe that we are witnessing the Fourth Industrial Revolution, while others i) seek ways to curtail the growth rate of AI before it is too late or ii) simply acknowledge that it is already too late – Pandora’s box has been opened. AI industry has no time for this and pays little attention, it goes on. One wonders if augmentation of AI is dependent upon stimuli at all. If not, does it mean that artificial intelligence may become victim of its own success?

Analysis of recent studies and publications. The copyrightability of AI-assisted and AI-generated objects is an issue that has been raised in many papers by various scholars, namely J. Cabay, P. Devarapalli, D.J. Gervais, J.C. Ginsburg, T. He, G. Huson, A. Michel, V.M. Palace, S. Ricketson, P. Samuelson, J. Wagner, J.M.N. Zatarain and many others. The agendas of different governmental and non-governmental organisations also include the question of AI and copyright, and IP in general. Nevertheless, the issues of protection and regime, suitable for the development of AI industry, remain open.

The Article **aims** to ascertain whether there is a genuine and well-grounded demand for granting copyright incentives with respect to AI-results.

Main text.

Copyrightability of AI-assisted and AI-generated objects

*К искусству нет готового пути.
Будь небосвод и море только сини, -
Ты мог бы небо с морем в магазине,
Где краски продают, приобрести.¹*
Samuil Marshak

Copyright law is anthropocentric.² It mainly comes in originality and human author requirements.

The international copyright law provides us with *implicit* evidences supporting this statement. The historical background of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works and its interpretation support the idea that these requirements underlie its provisions. According to Professor Ricketson the human-centered notion underpins the following provisions of the Convention.

The Convention does not define the terms “author” and “intellectual creation” or “originality”. Professor Ricketson considers that “there was nonetheless a basic agreement between the contracting states as to the meaning of the term (author), and, because of this, it was thought unnecessary to define it.”³ This is also true of intellectual creation. The proposals to enshrine this requirement in the Convention have been rejected on the ground that such a requirement is already inherent in the term “literary and artistic works.”⁴ Collections of literary or artistic works such as encyclopedias and anthologies are the only works for which the Convention establishes intellectual creation requirement to qualify for protection under copyright law (Art. 2(5) of the Convention). This is due to the fact that such objects can be created with or without manifestation of creativity. Moving forward, the appeal to the rights of authors means the appeal to personal, rather than corporate, rights. The term of protection is made dependent upon the life of the author (evidently, a human being). The introduction of moral rights was also justified by human needs. Finally, cinematographic works are the only objects which can be created by non-human authors.⁵

Despite being implicit at the international level, these requirements are internationally applicable standards. At the national level they are usually explicitly stated in legislation and/or largely interpreted in court practice.⁶ However, there may be considerable differences between the approaches as to the threshold of originality.

Bearing this in mind, AI-generated objects are subject to entering the public domain. AI-assisted objects present a different category. They are protected by copyright so long as artificial intelligence remains a tool provided that such objects meet other requirements. The transition of AI “to the next level” will make the objects also uncopyrightable.

© K. Militsyna, 2020

* Катерина Максимівна Міліцина, аспірантка Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка

AI growth: dependence upon v. independence of copyright incentives

Debates over AI-assisted and AI-generated objects often include the issue of AI reliance on copyright incentives on the agenda. Is it true that AI further development is dependent upon the decision on granting copyright incentives for the respective objects? Considering that supply is coupled with demand, ascertaining whether there is *genuine* demand for such incentives should be the starting point.

The proponents of so-called dependence theory would suggest that every creation should count, whether created by human or not, especially when it is not discernable who is behind it. Another argument lies within marketplace competition: free AI-results may distort competition; affording copyright protection to them would level the commercial playing field and create conditions for competitiveness of human results.⁷

Even if the proponents of the above theory give ground on their initial position, they will keep insisting that the industry, particularly its larger system of production, is driven by the pursuit of financial gain⁸ and depends upon stimuli. Introduction of work-for-hire doctrine in the US serves as a sign that copyright can make some kind of concession – the door opens to one who knocks. AI industry has got the hint clearly and paves the way. Champions of AI development claim that if the door remains closed and all AI outputs enter into public domain, this will disincentivize others from reinvesting in AI research.⁹

The proponents of so-called independence theory would refute the above statements. They insist that AI needs no copyright incentives to produce results.¹⁰ It is one thing to motivate and inspire people to create works through economic and moral rights. AI does not wait for inspiration to strike. At this juncture we pause to paraphrase a famous proverb and say that AI is as AI does. In this Article when we mention AI, in most cases we mean “weak” or “narrow” AI which functions in a narrow area and remains confined to it, though possessing autonomy and demonstrating results sometimes outperforming human ones. The current level of AI allows us to say that AI does not even understand the meaning of the output it is creating¹¹ because it still lacks conscience that is the attribute required for such activity. All it takes is electricity (or some other motive force) to get the technologies such as AI into production.¹² Therefore, AI could, in theory, never stop creating regardless of the AI not receiving compensation for its work¹³ or any other economic encouragement, or not gaining reputation points.¹⁴

Addressing the issue of copyright incentives for AI will force us, among other things, to make a distinction between “production” and “creation”. Following Kant’s moral proof, creativity goes beyond logic. Art may develop but it is not path from simple to complex – art explores new styles and movements through both widening and deepening. The fact that AI can produce facially originally objects does not mean that the production process is creative. In this regard, the question of method, the subjective or objective standard,¹⁵ and the interpretation of originality become extremely relevant. Before embarking on any side, we should notice that human-authored pieces and AI-generated content are different.¹⁶ People are *intrinsically* creative; they are powered by *intrinsic* motives and desires.¹⁷ As regards AI, making new objects falls within its functioning and does not result from its own desire or intention. AI is bounded by algorithms, features and patterns; its outputs, which are subject to the influence of environment, are still determined by the inputs leaving no room for creativity. This refers us again to the originality requirement.

Having established that AI produces rather than creates, we have to admit that the scale and capacities of such production impress and even raise concerns. Using AI, it is already possible to create all possible variants and combinations within certain parameters.¹⁸ This means that AI can exhaust all expressions of the idea. Affording copyright protection to AI-results would destroy the fair balance.¹⁹

Moreover, rights come with duties and responsibilities. The same applies to copyright. AI cannot gain copyright rights unless it, as purported “author” (as a matter of copyright law), can accept full responsibility for “its” creation, meaning and content. If suggested as an alternative, appointing a human proxy “author” will also run up against a problem, namely the one of identifying the person who deserves such status.²⁰ We may return to issue of AI as an author, if we encounter “strong” or “general” AI. Should this happen, call for incentives will pale in AI personhood deliberations. Unless law wants to be mired in disputes, it should take a proactive role now and elaborate a solution, satisfying current needs as well as future ones.

While discussions are in progress, artificial intelligence, though in the absence of copyright incentives, shows *no signs of stopping* as well as is *likely to continue flourishing* which is probably due to the incentives *inherent* to the artificial intelligence industry.²¹ Firstly, it is in the interest of business to continue running the race. Secondly, it is in the interest of states to fuel the race and participate in it.

We may deduce that the technology itself does not need copyright incentives. Does the same conclusion apply to stakeholders of AI industry, particularly AI programmers and investors? The proponents of so-called independence theory would answer this question in the affirmative. Investors provide no creative contribution necessary to consider them among “applicants” for copyright incentives. As for AI programmers, firstly, given the machine learning process, the results assisted or generated by AI are at least one degree removed from the human programmer(s) of the AI code.²² Secondly, the relationship between AI programmer and AI itself resembles the one between parent and child²³ or master and pupil.²⁴ AI programmers give rise to and determine the scope of AI, amounting to original code, features and input data used for training, but have nothing to do with the output.

Conclusions. If we face the truth, it is highly unlikely that absence of copyright incentives has significant negative impact on AI industry. With or without them, AI continues developing. Granting AI copyright incentives would be unjustified. It all comes down to the issue of nature: nature of copyright with its anthropocentric soul, nature of AI and nature of stakeholders’ interests. In case of weak AI, which we are already witnessing and experi-

encing in everyday life, requests for *copyright* incentives seem premature and artificial. They emanate from stakeholders, among which *éminences grises* are companies and corporations investing a great deal into the AI industry. However, the rationale behind their requests has nothing to do with creativity. It is therefore a different type of claim involving protection of investments.

Considering that the protection is claimed for investments and drawing a parallel with databases, *sui generis* protection appears to be the most attractive option. Its main advantage is the possibility to determine the content of the regime according to the existing needs, AI functional peculiarities and real and potential capacities.

Given that the discussion on AI leaves copyright dimension, such concessions as absence of moral rights and shortening terms of protection will not suffice. The *sui generis* AI right is expected to maintain the interest in developing the AI industry. However, it is even more important to disincentivize unfair practices. In case of AI-assisted or AI-generated objects, created as a result and/or for the purposes of abusing the right, such objects should receive no protection and be expressly excluded from *sui generis* right and any protection.

¹ Маршак С.Я. Собрание сочинений в 8 т. / ред. изд.: В.М. Жирмунский и др. Москва: Художественная литература, 1968–1972. Т. 5: Лирика. Стихи о войне и мире. Сатирические стихи. Из стихотворных посланий, дарственных надписей, эпиграмм и экспромтов. С. 188.

² For the purposes of this Article, the Author considers the terms “anthropocentric”, “human-centered” and “human-oriented” as synonyms.

³ Ricketson S. The 1992 Horace S. Manges Lecture – People or Machines: The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*. 1991. Vol. 16, No 1. P. 8.

⁴ Ibid, P. 10.

⁵ Ibid, P. 11.

⁶ Міліцина К.М. Питання охороноздатності за авторським правом об'єктів, створених за допомогою штучного інтелекту та штучним інтелектом безпосередньо. *Нариси з міжнародного приватного права*. Вип. 5 / за ред. В.Я. Калакури. Київ: Алерта, 2019. С. 102–111.

⁷ Gervais D.J. The Machine As Author. *Iowa Law Review*. 2019. Vol. 105, No 5. Vanderbilt Law Research Paper 19-35. P. 15. URL: <https://ssrn.com/abstract=3359524> (accessed: 26.12.2020).

⁸ Hetcher S. Desire without Hierarchy: The Behavioral Economics of Copyright Incentives. *University of Louisville Law Review*. 2010. Vol. 48, No 4. P. 824.

⁹ He T. The Sentimental Fools and the Fictitious Authors: Rethinking the Copyright Issues of AI-Generated Contents in China. *Asia Pacific Law Review*. 2019. Vol. 27, No 2. P. 227.

¹⁰ Admittedly, some scholars even challenge copyright's incentive-based approach as a whole, not only with respect to AI, but this is not subject of this Article.

¹¹ Wagner J. Rise of the Artificial Intelligence Author. *The Advocate (Vancouver)*. 2017. Vol. 75, No 4. P. 531.

¹² Palace V.M. What If Artificial Intelligence Wrote This: Artificial Intelligence and Copyright Law. *Florida Law Review*. 2019. Vol. 71, No 1. P. 234 (citing Samuelson S. Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works. *University of Pittsburgh Law Review*. 1986. Vol. 47, No. 4. P. 1199).

¹³ Huson G. I, Copyright. *Santa Clara High-Technology Law Journal*. 2018. Vol. 35, No 2. P. 74.

¹⁴ He T. The Sentimental Fools and the Fictitious Authors: Rethinking the Copyright Issues of AI-Generated Contents in China. P. 227.

¹⁵ Ibid, P. 224.

¹⁶ Ibid, P. 233.

¹⁷ Hetcher S. Desire without Hierarchy: The Behavioral Economics of Copyright Incentives. P. 819-820 (citing Tushnet R. Economics of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions. *William and Mary Law Review*. 2009. Vol. 51, No 2. P. 526–527.

¹⁸ Zatarain J.M.N. The role of automated technology in the creation of copyright works: the challenges of artificial intelligence. *International Review of Law, Computers & Technology*. 2017. Vol. 31, No 1. P. 92.

¹⁹ Cabay J. Copyright Protection For AI Production? An EU Law Perspective: Webinar (EUIPO, 15 September 2020). URL: <https://euiipo.europa.eu/knowledge/> (accessed: 15.09.2020).

²⁰ Gervais D.J. The Machine As Author. P. 36-38. URL: <https://ssrn.com/abstract=3359524> (accessed: 26.12.2020).

²¹ Palace V.M. What If Artificial Intelligence Wrote This: Artificial Intelligence and Copyright Law. P. 239.

²² Gervais D.J. The Machine As Author. P. 6. URL: <https://ssrn.com/abstract=3359524> (accessed: 26.12.2020).

²³ Palace V.M. What If Artificial Intelligence Wrote This: Artificial Intelligence and Copyright Law. P. 236 (citing Abbott R. I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law. *Boston College Law Review*. 2016. Vol. 57, No 4. P. 1085).

²⁴ Gervais D.J. The Machine As Author. P. 7. URL: <https://ssrn.com/abstract=3359524> (accessed: 26.12.2020).

Резюме

Міліцина К.М. Караван штучного інтелекту йде. Чи потрібні йому стимули авторського права?

Стаття має на меті з'ясувати, чи існує справжній та обґрунтований попит на надання стимулів авторського права щодо результатів, які продукуються ШІ.

Враховуючи вірогідність того, що такі стимули вже є, стаття починається з аналізу того, чи охороняються об'єкти, створені за допомогою ШІ та ШІ безпосередньо, авторським правом, і, спираючись на антропоцентричну природу авторського права, дає негативну відповідь. Однак це не стосується об'єктів, створених за допомогою ШІ, де ШІ залишається лише інструментом у руках автора-людини.

По досягненню цього проміжного висновку, стаття переходить до головної мети та оцінює аргументи «за» і «проти» змін законодавства у сфері авторського права, спрямованих на забезпечення ШІ стимулами авторського права. Враховуючи сучасний рівень ШІ, малоймовірно, що відсутність стимулів авторського права має значний негативний вплив на індустрію ШІ. З такими

стимулами чи без них ШІ продовжує розвиватися. Таким чином, стаття вважає надання стимулів і, як наслідок, охорони авторського права об'єктам, створеним за допомогою ШІ та ШІ безпосередньо, передчасним та невиправданим, принаймні наразі.

Це не означає, що все має бути залишено, як є. Натомість стаття переводить дискусію щодо стимулів з площини авторського права в бік права *sui generis*. Зважаючи на те, що в даному випадку мова йде про захист інвестицій, та проводячи паралель з неоригінальними базами даних, право *sui generis* видається найбільш привабливим варіантом. Його головною перевагою є можливість визначити зміст режиму відповідно до існуючих потреб, функціональних особливостей ШІ та його реальних і потенційних можливостей. Враховуючи, що дискусія зі ШІ залишає площину авторського права, таких поступок, як відсутність моральних прав та скорочені строки охорони, буде недостатньо. Від права *sui generis* очікується, що воно не тільки підтримає інтерес до розвитку індустрії ШІ, а й стримає недобросовісну практику. У випадку об'єктів, що створені за допомогою ШІ або ШІ безпосередньо, але в результаті та (або) з метою зловживання правом, такі об'єкти не повинні отримувати охорони та мають бути явно виключеними з права *sui generis*.

Ключові слова: штучний інтелект, ШІ, авторське право, антропоцентризм, стимули, право *sui generis*.

Резюме

Милицына Е.М. Караван искусственного интеллекта идёт. Нужны ли ему стимулы авторского права?

Цель статьи – выяснить, существует ли реальный спрос на стимулы авторского права в отношении результатов, продуцируемых искусственным интеллектом. Сначала в статье анализируется, подлежат ли объекты, созданные с помощью искусственного интеллекта, и объекты, созданные искусственным интеллектом, охране авторского права. Затем статья оценивает аргументы «за» и «против» предоставления стимулов авторского права таким объектам и приходит к выводу, что это преждевременно и необоснованно, по крайней мере, на данный момент. Статья переводит дискуссию на данную тему с плоскости авторского права в плоскость права *sui generis*.

Ключевые слова: искусственный интеллект, ИИ, авторское право, антропоцентризм, стимулы, право *sui generis*.

Summary

Kateryna Militsyna. AI Caravan Moves On. Does It Need Copyright Incentives?

The Article aims to ascertain whether there is a genuine demand for granting copyright incentives with respect to AI-results.

At first, the Article analyses whether AI-assisted and AI-generated objects are subject to copyright protection and, drawing on the anthropocentric nature of copyright, answers in the negative. This conclusion does not apply when AI remains merely a tool in the hands of a human author.

Then the Article evaluates arguments for and against the change of copyright law to provide AI with copyright incentives. Given the current level of AI, the Article finds granting copyright incentives and, consequently, protection to AI-assisted and AI-generated objects as premature and unjustified, at least now.

The Article shifts the discussion on incentives from copyright to *sui generis* right. Such regime is expected to encourage development of the AI industry as well as disincentivize unfair practices.

Key words: artificial intelligence, AI, copyright, anthropocentrism, incentives, *sui generis* right.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.57

УДК 347.78

К.С. ПОТУРАЙ

*Катерина Сергіївна Потурай, аспірантка Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0002-4670-4295

ОСОБЛИВОСТІ ДОГОВІРНОЇ ФОРМИ ОХОРОНИ СУБ'ЄКТИВНИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ НА КІНЕМАТОГРАФІЧНИЙ ТВІР ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА КРАЇН ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Постановка проблеми. На сьогоднішній день, у зв'язку зі швидким розвитком кінематографії в Україні та численних копродукцій, виникла необхідність дослідження договірної форми охорони суб'єктивних прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Частково це питання досліджувалося Ю.М. Капіцою, В.С. Дмитришиним, С.Ю. Бурлаковим, водночас є необхідність ґрунтовного аналізу аспектів, які не були досліджені в цих працях.

Формулювання мети статті. Мета цієї статті полягає в тому, щоб дослідити значення договірної форми охорони суб'єктивних прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір як за законодавством України, так і за законодавством країн Європейського Союзу.

© К.С. Потурай, 2020

* *Kateryna Poturai, Postgraduate student of V. M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Виклад основного матеріалу. Сучасне законодавство у сфері інтелектуальної власності стратегічно повинно бути спрямоване на охорону суб'єктивних майнових та немайнових прав і правомірних інтересів його суб'єктів.

Як наголошує Ю.М. Капіца, у літературі проблема охорони прав обговорюється вже давно на міжгалузевому і галузевому рівнях¹. Формальна позиція, що повинна послідовно проводитися у національному законодавстві України, передбачена в Конституції України. Вона полягає в тому, що забезпечення й охорона прав і свобод людини є найважливішим напрямом діяльності держави і здійснюється через систему соціальних норм, позитивне право, а стосовно прав інтелектуальної власності – об'єктивного права інтелектуальної власності.

Основна проблема реалізації заходів охорони права інтелектуальної власності сформульована О. Святоцьким: «Діяльність органів влади щодо сфери інтелектуальної власності за минулі десять років існування її в Україні відзначена тим, що, як правило, в практику охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності впроваджувалися вже існуючі розробки, виконані як у «ближньому», так і «дальньому» зарубіжжі, кількість власних наукових розробок була незначною»². Глибинний зміст наведеного може свідчити про запровадження існуючих механізмів охорони права інтелектуальної власності без достатньої верифікації і коректування на українську дійсність.

Охорона прав суб'єкта інтелектуальної власності залежить від низки факторів:

- особливостей створення результату творчої діяльності;
- правового становища творця в процесі створення результату творчої діяльності;
- наявних угод на створення і використання результатів творчої діяльності;
- взаємодії з іншими учасниками спільного творчого проекту;
- укладених автором правочинів стосовно своїх майнових прав творчої діяльності;
- рішень судових та інших компетентних державних органів;

– положень чинного законодавства щодо особливостей інститутів права інтелектуальної власності тощо. Наприклад, така правова охорона можлива або виключно правовими засобами такого правового інституту, або шляхом паралельного використання юридико-технічних засобів ряду інститутів права, так звана множинна охорона (multiple protection).

Концептуально ВОІВ виходить з того, що охорона прав на основі авторського права є одним із способів стимулювання створення, збагачення і розповсюдження національної культурної спадщини³. Інакше кажучи, ВОІВ заінтересована у стимулюванні творчої активності людей як запоруки прогресу людства через встановлення правового режиму результатів творчої діяльності та правового становища їх авторів. Так, у Передмові до Коментаря Бернської конвенції вказується: «Авторське право складає важливий елемент у процесі розвитку. Досвід показує, що багатство національного культурного надбання залежить від рівня охорони, що надається літературним і художнім творам. Чим вище цей рівень, тим більше стимул для авторів; чим більше число інтелектуальних творінь в країні, тим вище її авторитет; чим більше творів, тим більше можливостей для розвитку ... кінематографічної ... звукозаписної і розважальної промисловості. У кінцевому підсумку, незаперечно, що заохочення інтелектуальної творчості є однією з важливих передумов соціального, економічного та культурного розвитку»⁴.

Звернемо свою увагу на договір як форму охорони суб'єктивних прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір.

Видається, що реалізацією суб'єктивних авторських прав на кінематографічний твір доцільно вважати будь-які правомірні дії, що вчиняються їх правоволодільцями і спрямовані на використання кінотвору як об'єкта авторського права та розпорядження виключними правами на нього. Однак найбільш поширеною формою реалізації авторських суб'єктивних прав є авторський договір.

Характеризуючи договірну форму розпорядження правами інтелектуальної власності, слід зазначити, що відповідно до ст. 1107 ЦК України договори щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності розподіляються на такі: 1) ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) ліцензійний договір; 3) договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності; 4) договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності. Перелік цих договорів є невичерпним та допускає існування інших видів авторських договорів.

При створенні кінематографічних творів ст. 17 Закону України «Про авторське право та суміжні права» передбачає існування договору про створення аудіовізуального твору. Крім того, в ч. 2 ст. 17 Закону України «Про авторське право та суміжні права» вказується на необхідності здійснення внеску у створення кінематографічного твору та передачу майнових прав організації, яка здійснює його виробництво, або продюсеру.

На сучасному розвитку авторсько-правових відносин цивільне законодавство відмовилося від законодавчого закріплення поняття авторського договору, а лише перелічує та розкриває зміст його типів.

Як зазначає В.О. Калятін, розпорядження правом на використання твору має проходити в одній з трьох форм: відступлення, виключна ліцензія, невиключна ліцензія⁵. Такий самий підхід застосовується у законодавстві країн англо-американської системи права. Так, відповідно до ст. ст. 90, 92 Закону Великобританії⁶ допускається відступлення прав інтелектуальної власності повністю та передання їх на умовах виключного або невиключного використання. У країнах же романо-германської системи права, навпаки, передання всього комплексу цих прав не допускається (особисті права є невідчужуваними та непередаваними). Так, відповідно до закону Німеччини⁷ розпорядження правами інтелектуальної власності на об'єкт авторського права

стає можливим на умовах надання виключного або невиключного права використання. Аналогічне правило міститься в ст. ст. 31, 32 Закону України «Про авторське право та суміжні права».

На перший погляд видається, що Закон України «Про авторське право та суміжні права» вирішив питання щодо дискусії, що виникла в науці, стосовно можливості повного відступлення прав інтелектуальної власності на об'єкти авторського права, оскільки в ст. 31 Закону України «Про авторське право та суміжні права» закріплюється можливість як відступлення, так і видачі дозволу на використання.

В.А. Дозорцев наголошує, що для прав на результати інтелектуальної діяльності необхідно розрізняти дві форми розпоряджання: відчуження права та видача дозволу⁸. Цієї точки зору дотримується і В.С. Дмитришин, який зазначає, що майнові права на твір можуть бути передані (відчужені) іншій особі повністю або частково⁹.

Видається, що у авторсько-правових відносинах у кінематографії існування цих двох форм розпоряджання правом не забезпечене достатньою правовою диференціацією та є проблемним не лише з точки зору практичного застосування, а й через невизначення на доктринальному рівні, що відображається на недосконалій законодавчій техніці. Недостатня диференціація розподілу відступлення та надання права використання становить перший шар проблеми щодо правового регулювання цивільно-правових форм реалізації суб'єктивних прав на кінематографічний твір. Другий блок проблем полягає в тому, що близькість різних форм розпоряджання та обмеження відступлення практично зводять відступлення до тимчасового використання.

Однією з визначальних особливостей переходу права використання твору за допомогою авторського договору є обмеженість передачі права, оскільки можливість подальшого відчуження права звужується. Тому, як зауважує А.С. Комаров, свобода договору є розумним суспільним ідеалом лише тією мірою, якою можна припустити рівність сил при вчиненні угод контрагентами за умови, що не завдано шкоди економічним інтересам суспільства в цілому. У більш складних суспільних і промислових умовах колективного суспільства вона перестала мати свою ідеалістичну привабливість. У наш час зрозуміло, що економічної рівності в прямому розумінні не існує, що індивідуальні інтереси повинні підпорядковуватись інтересам суспільства. Тому сталася докорінна зміна як в суспільній оцінці договору, так і в політиці законодавця по відношенню до нього, і право сьогодні перешкоджає свободі сторін укладати договори на їх розсуд¹⁰.

Слід зазначити, що відступлення, передача за ліцензійною угодою або інший перехід виключних прав на кінематографічний твір можливий лише за умов, коли особа, яка має намір розпорядитись своїм правом, здатна до вчинення таких дій. Для цього необхідно встановити, чи є така особа володільцем авторського права на кінотвір або її було уповноважено на ці дії правоволодільцем тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 31 Закону України «Про авторське право та суміжні права» автор (чи інша особа, яка має авторське право) може передати свої майнові права будь-якій іншій особі повністю або частково. Передача майнових прав автора (чи іншої особи, яка має авторське право) оформляється авторським договором. Правовим результатом такого правочину є заміна уповноваженої особи в абсолютному майновому правовідношенні з приводу використання твору (визначеним способом, протягом визначеного терміну і на визначеній території). Для правоволодільця відступлення авторського права означає відмову від юридичної можливості діяти або не діяти певним чином щодо кінотвору на користь іншої особи. Тобто правоволодільць вибуває з абсолютного правовідношення щодо використання твору певним чином. Вибуваючи з абсолютного правовідношення, він одночасно позбавляється можливості заборони всім третім особам перешкоджати здійсненню суб'єктивного права, що входило в зміст цього абсолютного правовідношення. Зазначені юридичні можливості виникають у правонаступника.

У п. 6 ст. 2 Бернської конвенції прямо вказується, що авторські права може мати лише автор твору або його правонаступник (ця охорона здійснюється на користь автора і його правонаступника). Оскільки міжнародні договори прямо передбачають категорії «автор» та «правонаступник», то право, що належить автору як первісне, може належати і правонаступнику, але в якості похідного, такого, що переходить до нього від автора. Таким чином, слід зазначити, що у вітчизняному законодавстві встановлюється похідний характер прав усіх правонаступників, крім автора.

Так, на законодавчому та теоретичному рівні досі залишається невирішеною проблема віднесення авторського договору про створення кінематографічного твору до договору про відчуження виключних прав або до ліцензійного договору. Ця проблема ускладнюється тим, що у ст. 17 Закону України «Про авторське право та суміжні права» вказується на необхідності авторів та інших осіб зробити внесок у створення кінематографічного твору. Саме необхідність зробити внесок у створення кінотвору зближує договір про створення кінематографічного твору з договором про спільну діяльність (договір простого товариства), що регулюється главою 77 ЦК України. На сучасному етапі правове регулювання створення та використання кінотворів ускладнюється ще й тим, що багато кіностудій замість авторських договорів укладають договори підрядного типу на створення кінотворів¹¹.

Видається, що вирішити ці невизначеності можна за допомогою розмежування предмета та об'єкта правового регулювання.

Відповідно до ч. 2 ст. 17 Закону України «Про авторське право та суміжні права», якщо інше не передбачено у договорі про створення аудіовізуального твору, автори, які зробили внесок або зобов'язалися зробити внесок у створення аудіовізуального твору і передали майнові права організації, що здійснює виробництво аудіовізуального твору, чи продюсеру аудіовізуального твору, не мають права заперечувати проти виконання цього твору, його відтворення, розповсюдження, публічного показу, публічної демонстрації, пуб-

лічного сповіщення, а також субтитрування і дублювання його тексту, крім права на окреме публічне виконання музичних творів, включених до аудіовізуального твору.

З наведеного випливає, що автори, які беруть участь у створенні кінематографічного твору: 1) повинні передати продюсеру чи кіностудії майнові права; 2) не мають права заперечувати проти використання кінематографічного твору певними способами. Таке визначення договору про створення кінематографічного твору не враховує специфіки кіновиробництва, а також не враховує синтетичності кінотвору як об'єкта авторського права.

Поряд із договором про передачу твору для використання в кінематографічній практиці застосовується авторський ліцензійний договір. За ліцензійним договором автор надає кіностудії право використовувати твір, у тому числі шляхом перекладу на іншу мову або шляхом перероблення, в зумовлених договором межах та на встановлений договором строк, а організація зобов'язується виплатити винагороду за надання цього права або за використання твору в формі, передбаченій договором.

На відміну від договору про використання твору, авторський ліцензійний договір передбачає передачу права використовувати твір. На думку С.А. Чернишевої, за авторським ліцензійним договором здійснюється перевідступлення права¹².

Багатоманітність об'єктів-елементів кінематографічного твору зумовлює численність його створювачів-авторів. Тому однією зі сторін договору про створення кінематографічного твору можуть бути автор сценарію, діалогів, музичних творів, режисер-постановник, оператор-постановник, художник-постановник, актори тощо. Іншою стороною в договорі виступає організація, що здійснює виробництво аудіовізуального твору (кіностудія, телестудія), а також продюсер. Це і становить особливість цього договору. Автори можуть за власним вибором укладати авторські договори як з організацією, що здійснює виробництво кінотвору, так і з продюсером.

Отже, охорона прав інтелектуальної власності на рівні національного законодавства повинна вестись у напрямі забезпечення та захисту прав суб'єктів комплексно, матеріальними та процесуальними нормами.

Неможливо залишити без уваги процес реформування зобов'язального права, який відбувається у Франції (Ордонанс)¹³. У договірному праві Франції існують правила про зобов'язання та договори, які застосовуються до всіх договорів, класифікованих на типи/види, підвиди, які в сукупності утворюють загальне право договорів (загальну частину договірного права) (фр. «Le droit commun des contrats»), і норми, що регулюють спеціальні типи/види договорів. Відповідно до ст. 1107 ФЦК «договори, як мають назву, так і ті, які не мають такої, охороняються загальними правилами, що містяться в цьому розділі» (розділ III Книги III (ст. 1101–1369) ФЦК «Про договори або договірні зобов'язання в загальному».

З положень ст. ст. 6, 1128, 1118 і 1598 ФЦК випливає, що предмет договору повинен відповідати закону і «добрим традиціям/звичаям». Отже, об'єктом виконання зобов'язання (предметом договору) можуть бути лише ті «речі, які знаходяться в цивільному обороті». Все, що знаходиться в цивільному обороті, може продаватися, коли закони не забороняють таке відчуження»¹⁴.

Французький закон передбачає обов'язкову письмову форму *ad validitatem* лише для зазначених у ст. L. 131-2 СРІ видів авторського договору. Усі інші різновиди авторських договорів, якщо їх сума не перевищує 1500 євро відповідно до ст. 1341 ФЦК, можуть укладатися письмово, усно, за допомогою жесту, знака і т.п., аби воля сторін договору була досить виразно виражена для укладення договору.

Французька доктрина авторського права, аналізуючи предмет авторського договору, дійшла висновку, що «деякі права, що надаються авторам, носять настільки яскраво виражений особистісний характер (особистість автора, яка знаходить своє вираження у творі), що важко собі уявити, щоб автор міг би поступитися їх третій особі шляхом укладення договору. Такий стан характерний для морального права»¹⁵.

Такі авторські правомочності, як право визнаватися автором твору (Фр. *Le droit au respect de son nom, de sa qualité*), а також право на повагу твору (право на недоторканність, цілісність твору), відповідно до ст. L. 121-1 СРІ, не можуть бути предметом авторського договору – ці права є невідчужуваними. Незважаючи на відсутність згадки в даній статті інших правочинів морального права автора, які регулюються іншими положеннями французького закону (право на прилюднення (L. 121-2 СРІ) і право на вилучення твору (L. 121-4 СРІ), переважна частина доктрини виступає за те, що зміст ст. L. 121-1 СРІ має загальне значення «в тому сенсі, що воно поширюється на усі правомочності морального права, а не тільки на правомочності, зафіксовані в ній самій»¹⁶. При цьому наголосимо, що зазначеному моральному праву автора в національному законодавстві відповідають: право авторства і право на ім'я, право на недоторканність твору і охорона праці від спотворень.

Специфіка охорони суб'єктивних прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір у французькому праві, на відміну від вітчизняного права, полягає в тому, що існуючі положення в Кодексі про інтелектуальну власність Франції заповнюються (регулюються) правилами, призначеними для регламентації договорів, передбачених Цивільним кодексом Франції. Так, оплатне відчуження майнових авторських прав заповнюється положеннями ФЦК про договір купівлі-продажу (ст. ст. 1582–1688 ФЦК), безоплатне відчуження майнових авторських прав – правилами ФЦК про дарування (ст. ст. 931–966 ФЦК), оплатна ліцензія – нормами про оренду (ст. ст. 1708–1751 ФЦК), безоплатна ліцензія, у свою чергу, – нормами про позику (ст. ст. 1875–1891 ФЦК).

На відміну від Цивільного кодексу України, Кодекс про інтелектуальну власність Франції не передбачає авторський договір про створення твору (договір авторського замовлення). На думку французьких дослідни-

ків, а також судової практики, щоб створити твір, можна використовувати конструкцію цивільно-правового договору підяду (фр. *Contrat d'entreprise (contrat de louage d'ouvrage)* – ст. 1779–1799 ФЦК). Коли йдеться про найманого працівника, таке завдання вирішується з використанням конструкції трудового договору (фр. *Contrat de louage de service*). У французькій доктрині відзначається, що договір замовлення є спеціальним договором підяду, так як результат виконаної роботи являє собою творчий результат. Щодо придбання прав на створений за договором підяду твір, ст. L. 111-1 СРІ прямо зазначає, що договір підяду і трудовий договір не можуть регулювати передачу (надання) майнових авторських прав на творчий результат, за винятком колективного твору і твору, створеного журналістом (фр. *l'oeuvre de presse*) або державним службовцем. Отже, щоб реалізувати мету договору замовлення з відступленням (переданням) прав на використання твору, необхідно укласти додатковий авторський договір. Таким чином, створення на замовлення охороняється авторським правом на твір з метою використання виключних прав на нього та передбачає укладання складного (комплексного) договору (фр. *Le contrat complexe*), що становить поєднання двох окремих договорів, а тому можна говорити про дистрибутивність (розподіл) застосування до нього двох різних правових режимів: авторського договору і договору замовлення. Прикладами таких названих в Кодексі про інтелектуальну власність складних (комплексних) договорів є договір про створення аудіовізуального твору і договір замовлення творів для реклами.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, варто зазначити, що однією з основних форм охорони творів кінематографії є договірна форма. З аналізу положень ст. ст. 1126–1127 ФЦК слідує, що визначаючи предмет договору, зазначені підстави характеризують зміст зобов'язання, створюваного договором. На відміну від Цивільного кодексу України, Кодекс про інтелектуальну власність Франції не передбачає авторський договір про створення твору (договір авторського замовлення). Французька правова доктрина не бачить жодних відмінностей між предметом договору і змістом зобов'язання та вживає такі поняття як синоніми. В Україні ж правове регулювання створення та використання кінотворів ускладнюється тим, що багато кіностудій замість авторських договорів укладають договори підрядного типу на створення кінотворів. Відповідно виникає необхідність у регулюванні питання укладення авторських договорів з усіма суб'єктами твору кінематографії, у яких можуть виникнути права інтелектуальної власності у зв'язку зі створенням такого твору.

¹ Капіца Ю.М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу: формування, інститути, напрями розвитку : монографія. Київ: Академперіодика, 2020. 664 с. С. 29.

² Святоцький О. Інтелектуальна власність. Крок до науки. *Інтелектуальний капітал*. 2002. № 1. С. 6–10. С. 6.

³ Интеллектуальная собственность: Основные материалы: в 2-х ч. / пер. с англ. Новосибирск : Наука, Сиб. изд. фирма, 2003. Ч. 1. С. 198.

⁴ Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24.07.1971 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051

⁵ Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): учебник. Москва : Изд-во НОРМА, 2000. 280 с. С. 149.

⁶ Consolidated Act on Copyright (consolidated Act № 164 of March 12, 2003). URL: http://www.copyright.ru/library/zakonodatelstvo/zarubezhnoe_zakonodatelstvo/zakon_england_ob_avtorskom_prave

⁷ Urheberrechtsgesetzes. URL: http://www.copyright.ru/library/zakonodatelstvo/-zarubezhnoe_zakonodatelstvo/zakon_germanii_ob_avtorskom_prave/?copyright=d14693c621ab762e218c85bcbede349e.htm

⁸ Дозорцев В.А. Авторские полномочия. *Проблемы современного авторского права*: межвузовский сб. науч. труд. Свердловск, УрГУ, 1980. С. 124–143. С. 137.

⁹ Дмитришин В.С. Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності : конспект лекцій. Київ : Інст. інтел. власн. і права, 2005. 160 с. С. 90.

¹⁰ Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. Москва : Юристь, 1991. 341 с. С. 23–24.

¹¹ Бурлаков С.Ю. Кінематографічний твір як об'єкт права інтелектуальної власності: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2008. 227 с. С. 109–110.

¹² Чернышева С.А. Правовое регулирование авторских отношений в кинематографии и телевидении. Москва: Наука, 1984. 178 с. С. 110.

¹³ Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. URL: http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf

¹⁴ Com. 24 septembre 2003: Bull. IV, num. 147; D. 2003. 2683, note Caron.

¹⁵ Дюма Р. Литературная и художественная собственность. *Авторское право Франции*. 2-е изд. / пер. с фр. Москва : Международ. отношения, 1993. 312 с. С. 189.

¹⁶ Там само. С. 190.

Резюме

Потурай К.С. Особливості договірної форми охорони суб'єктивних прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір за законодавством України та країн Європейського Союзу.

У статті розкриваються особливості договірної форми суб'єктивних прав інтелектуальної власності на кінематографічний твір за законодавством України та країн Європейського Союзу як основної форми охорони творів кінематографії. Аналізується питання авторського договору в розрізі законодавства України та Франції.

Ключові слова: автор, охорона, твір кінематографії, відчуження права, авторський договір.

Резюме

Потурай К.С. Особенности договорной формы охраны субъективных прав интеллектуальной собственности на кинематографическое произведение в соответствии с законодательством Украины и стран Европейского Союза.

В статье раскрываются особенности договорной формы субъективных прав интеллектуальной собственности на кинематографическое произведение в соответствии с законодательством Украины и стран Европейского Союза как основной формы охраны произведений кинематографии. Анализируются вопросы авторского договора в разрезе законодательства Украины и Франции.

Ключевые слова: автор, охрана, произведение кинематографии, отчуждение права, авторский договор.

Summary

Kateryna Poturai. The features of the contractual form of protection of subjective intellectual property rights for a cinematographic work under the laws of Ukraine and the countries of the European Union.

The article reveals the features of the contractual form of subjective intellectual property rights to a cinematographic work under the laws of Ukraine and the European Union as the main form of protection of cinematographic works.

The author emphasizes that in modern development of copyright relations, civil law has abandoned the legislative consolidation of the concept of copyright agreement, yet only lists and discloses the sense of its types.

Thus, at the legislative and theoretical level, the problem of classifying a copyright agreement on the creation of a cinematographic work as an agreement on the alienation of exclusive rights or a license agreement still remains unresolved. At the present stage, the legal regulation of the creation and use of films is further complicated by the fact that many film studios instead of copyright agreements enter into refit contracts on the creation of films.

The author draws attention to the fact that the French legal doctrine does not see any difference between the subject of the contract and the content of the obligation and uses such concepts as synonyms. The French legislator does not give a general concept, which would reveal the main features of the copyright agreement. However, the provisions of the French Intellectual Property Code directly indicate the possibility of assignment of the author's property rights (succession in a certain part of copyright) on the basis of the contract. In the French literature and in the practice of courts it is unanimously recognized that from the point of view of general civil law the assignment of exclusive property copyrights is in principle a civil contract of sale of property, in turn a license is a civil contract of property lease.

The author also emphasizes that there is a necessity to regulate the conclusion of copyright agreements with all subjects of a cinematographic work, which may have intellectual property rights in connection with the creation of such a work.

Key words: author, protection, cinematography, alienation of rights, copyright agreement.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.58

УДК 347.465

Є.А. ТИМОШЕНКО

*Єлизавета Анатоліївна Тимошенко, асистент кафедри Вінницького національного аграрного університету**

ORCID: 0000-0001-6852-6242

ШТУЧНИЙ ІНТЕЛЕКТ ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. На сьогодні активний розвиток інформаційного суспільства породжує закономірні зміни в правовідносинах, а саме в їх суб'єктному складі. Сучасна система нормативного-правового та державного регулювання відносин інтелектуальної власності потребує коригування згідно вимогам часу. Розгляд цієї проблеми дасть змогу розкрити специфіку штучного інтелекту, а також ретельно дослідити його структуру. Можна констатувати, що наразі питання права власності штучного інтелекту на об'єкти інтелектуальної власності в умовах розвитку інформаційного суспільства є недостатньо розробленим і розглядається переважно в окремих наукових статтях.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичною основою дослідження є наукові роботи таких учених, як Б.Д. Алгроув, М. Гілтї, Р.А. Мерзлікіна, З.В. Пічкурова, Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова, Е.А. Файгенбаум.

Формулювання мети статті. Дослідити поняття штучного інтелекту (далі – ШІ). Проаналізувати види штучного інтелекту та їх взаємозв'язок з правом власності. Запропонувати можливі варіанти правового статусу та визначення правової природи ШІ в контексті права інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Вперше термін «інтелектуальна власність» був запроваджений у Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ), прийнятій у Сток-

гольмі 14 липня 1967 р., і з того часу він почав застосовуватися в міжнародних договорах і в законодавстві багатьох країн світу. ВОІВ вказує, що інтелектуальна власність – це закріплені законом права, які є результатом інтелектуальної діяльності в промисловій, науковій, літературній та художніх галузях¹.

Інтелектуальна власність охороняється законом за допомогою, наприклад, патенту, авторського права чи права на товарний знак, що дозволяє авторам отримувати визнання у певній сфері та фінансову винагороду за свою працю. Це прямо закріплено у ст. 27 Загальної декларації прав людини, яка передбачає захист моральних і матеріальних інтересів, що є результатом наукових, літературних або художніх праць автора.

З.В. Пічурова зазначає, що «...інтелектуальна власність являє собою сукупність відносин щодо володіння, користування та розпорядження результатами інтелектуальної діяльності людини в галузі науки, технологій, літературно-мистецької діяльності... з економічного погляду інтелектуальну власність можна тлумачити як сукупність результатів інтелектуальної діяльності людини, які здатні приносити економічну вигоду, і щодо використання яких виникають відносини володіння та розпорядження»².

Наскільки розвивається інформаційне суспільство настільки і розвивається законодавство. Як і раніше, попит на права інтелектуальної власності зростає швидше, ніж світова економіка. І з розвитком інформаційного суспільства звична для нас система інтелектуальної власності абсолютно точно не втрачає своєї актуальності. Навпаки, вона використовується активніше, ніж будь-коли. Однак постають нові виклики, результатом яких може стати не заміна усієї системи інтелектуальної власності, а створення в ній додаткового розділу, який вже давно потребує законодавчого регулювання. Йдеться про штучний інтелект. До прикладу, ШІ вже вмів генерувати музичні твори. Ще у 2017 р. світ познайомився з Ампер. Це штучний інтелект, який використовує алгоритми машинного навчання, щоб самостійно складати та виконувати пісні. Ампер був створений командою професійних музикантів та експертів з технологій як платформа для створення професійної музики музикантами-аматорами. Таким чином, Ампер став першим штучним інтелектом, який сам випустив свій перший музичний альбом.

Вже існують юридичні компанії, які розробляють, наприклад, програми для прогнозування результату судової справи. Цей напрям користується попитом та допомагає адвокату у його роботі, як стверджують самі розробники. У Пекіні судді-роботи беруть активну участь у судовому процесі. У Китаї офіційно в онлайн-центрі інтернет-суду відбувається розгляд справи за участі штучного інтелекту.

Вперше патент на винахід штучним інтелектом був зареєстрований у 1980 р., але тоді це було скоріше заради експерименту та щоб заявити міжнародній спільноті, що настає новий етап розвитку інформаційного суспільства. Його основною характеристикою є визнання інформації одним з найважливіших суспільних ресурсів, а інформаційний сектор економіки (виробництво, зберігання, обробка, передача і споживання інформації) – одним із найважливіших видів суспільної діяльності, який створює інформаційно-комунікаційну базу для формування глобального інформаційного суспільства та розвитку науково-технічного, соціально-економічного й освітньо-культурного прогресу. Це поняття покликане відобразити об'єктивну тенденцію нового етапу еволюції цивілізації, пов'язаного з появою нових інформаційних і телекомунікаційних технологій, нових потреб і нового способу життя.

На сьогоднішні продовжують надходити заявки на отримання патенту на винаходи, створені автономно штучним інтелектом, якого вказують винахідником, а власника штучного інтелекту – заявником на патент і кінцевим бенефіціаром будь-яких виданих патентів. Але проблема полягає в тому, що в законодавстві різних країн, і України в тому числі, винахідником визначена особа, яка безпосередньо дослідила та зробила внесок у створення об'єкта інтелектуальної власності. Також більшість юрисдикцій напряму вимагає, щоб у патентних заявках винахідником була вказана фізична особа. Ця вимога створена для захисту і визнання прав винахідників-людей. На практиці більшість патентів належить підприємствам, як роботодавцям винахідників. Таким чином, навіть якщо фізична особа отримує патент на своє ім'я, то потім він переходить за договором або за законом до компанії. Це може бути і автоматичний перехід до роботодавця, якщо винахід створений в рамках трудових обов'язків працівника. У будь-якому випадку, навіть коли винахідник не володіє патентом, законодавство захищає його, вимагаючи вказувати фізичну особу в якості винахідника.

У зв'язку з цим науковці поділяють суб'єктів права інтелектуальної власності на початкових і похідних.

Початковими суб'єктами прав на результати інтелектуальної діяльності є автори, артисти-виконавці, винахідники, селекціонери, дизайнери, програмісти та ін. Загалом це завжди тільки фізичні особи, творчою працею яких створено результат інтелектуальної діяльності. Вони в першу чергу набувають особисті немайнові та майнові права на свої твори.

Похідними суб'єктами можуть бути фізичні та юридичні особи, які на підставі закону, договору чи іншого правочину набули майнові права інтелектуальної власності на результат інтелектуальної, творчої діяльності. Таким чином, їхні права походять від первинних суб'єктів. Їх головна відмінність полягає у тому, що обсяг прав перших значно ширший за останній.

ШІ активно використовується в адміністративному управлінні інтелектуальної власності, завдяки здатності обробити велику кількість інформації за короткий час. Всесвітня організація інтелектуальної власності розробила інструмент пошуку зображень на основі ШІ – він шукає зображення товарного знаку та промислового зразка серед тисяч в базі даних. Такий спосіб опрацювання інформації значно скорочує час на обробку даних.

Насамперед потрібно розуміти, що далеко не будь-який штучний інтелект може претендувати на право інтелектуальної власності. Лише машина, яка здатна до мислення, аналізу та прогнозування ситуації може прирівнюватись до фізичної особи.

Можна виділити чотири типи штучного інтелекту.

1. «Реактивні машини» – це перший етап будь якого ШІ. Він не має змоги навчатись, є найпростішим і в нього закладена лише одна задача – це відповідати на чітко прописаний в комп'ютерному коді запит.

2. Наступний тип називають «обмежений пам'яттю». Тобто він запам'ятовує останні дії, аналізує їх і має змогу видати кращий результат за запитом. Але найчастіше, так як об'єм пам'яті обмежений, запам'ятовується лише останній результат, а також цей тип штучного інтелекту не має змогу зібрати кілька результатів разом, проаналізувати їх і спрогнозувати якусь дію.

3. «Теоретично розумний» – коли штучний інтелект здатний взаємодіяти з мисленням і поведінкою людини. Яскравим прикладом є безпілотний автомобіль, який аналізує ситуацію на дорозі, зчитує манеру їзди машин, що їдуть поруч, і підлаштовується під них. Але це лише початок розвитку цього типу інтелекту, оскільки машина поки не розпізнає емоції, тон голосу та настрої людини. Вона просто виконує набір команд, хоч і може спрогнозувати кращий варіант³.

4. Останнім типом ШІ є «усвідомлюючий себе». Він поки знаходиться на стадії розробки. Самосвідомий інтелект, звісно, значно перевищить людський, буде незалежним і, ймовірно, людям доведеться домовлятися про умови співіснування з суттю, яку він створив⁴. Більшість експертів пов'язують прогрес у розвитку ШІ з розвитком нейронних мереж – це один з напрямів досліджень в області штучного інтелекту, засноване на моделюванні біологічних процесів, які відбуваються в людському мозку. Саме їм ми зобов'язані появі вражаючих результатів у розпізнаванні мови і зображень, постановці медичних діагнозів, перекладі тексту і створенні зображень, генерації мови та музичної композиції. Наразі фахівці визнають нейронні мережі одним із кращих алгоритмів машинного навчання, а рішення та дії на їх основі показують на даний момент найвидатніші результати. Тож варто зазначити, що «самосвідомий» тип ШІ буде заснований саме на цьому алгоритмі, який в принципі копіює структуру головного мозку людини.

Традиційно право авторства на створене роботом твір не ставилося під сумнів, оскільки робот функціонує за певним алгоритмом, який пише для нього людина. Отже, і авторство на такий твір визнається за людиною. Більшість юрисдикцій визначають твір охороноздатним, якщо він відповідає певним критеріям, серед яких присутні оригінальність і творча складова. При цьому більшість країн, включаючи Італію та Німеччину, не визнають ймовірність наявності хоча б чогось творчого у штучного інтелекту.

Резолюція ЄП «Норми цивільного права про робототехніку» пропонує закріпити правові основи використання штучного інтелекту та впровадження системи реєстрації «розумних» машин. Українське законодавство не регламентує правові основи використання творів, створених без участі людини, і автором твору визнає лише фізичну особу. У законодавствах Австралії та США закріплено, що оригінальний авторський твір буде зареєстрований лише за умови, що його створила людина. Таким чином, захист авторського права мають лише твори інтелектуальної праці людини.

Зважаючи на різне відношення до ШІ, сформувались основні підходи до визначення авторства творів, створених штучним інтелектом:

- 1) автор – розробник штучного інтелекту (комп'ютерної програми чи коду);
- 2) автор – користувач штучного інтелекту (використання програми фотошоп);
- 3) автор – безпосередньо штучний інтелект (концепція електронна особа).

Перший та другий підходи є найпоширенішими, але не зовсім відповідають ознаці творів як об'єктів інтелектуальної власності – наявності творчої та інтелектуальної діяльності людини.

Проблема першої концепції полягає у тому, що творча та інтелектуальна діяльність людини – це комп'ютерний код, який є основою штучного інтелекту.

У другій концепції твір, який генерує програма, не містить впливу розробника, оскільки виконує певний алгоритм дій. Користувач штучного інтелекту не є автором об'єкту інтелектуальної власності повною мірою, тому що він лише завантажує певні файли у програму, творчу діяльність при цьому виконує ШІ.

Щодо третьої концепції, то для того щоб штучний інтелект мав змогу користуватись своїми правами та обов'язками, він повинен мати якийсь статус чи правовий режим. Тут виникає питання, чи віднести ШІ до існуючих суб'єктів та наділити його такою ж правоздатністю і дієздатністю, чи прописати всі його права та обов'язки заново.

Правовий статус робота не може бути отриманий з моделі фізичної особи. Оскільки тоді робот буде мати права людини – право на гідність, недоторканність, винагороду, громадянство і т.д. Це суперечить Хартії основних прав ЄС і Конвенції про захист прав людини і основних свобод.

Правовий статус не може бути отриманий і з моделі юридичної особи, оскільки вона передбачає наявність людей, які представляють її та керують нею.

Штучний інтелект, фізично втілений в об'єкт робототехніки, повинен розглядатися в якості суб'єкта правовідносин, можливо, десь посередині між юридичними і фізичними особами, поєднуючи їх окремі риси з урахуванням відповідної специфіки. Можливо, ШІ буде одночасно розглядатися і як об'єкт, і як суб'єкт права.

У проєкті Резолюції про правовий статус роботів пропонується покласти основну відповідальність на розробника/виробника, а також в деяких випадках розділити відповідальність між виробником і власником. Тобто ми можемо мати нову категорію суб'єктів – електронні особи – це новий правовий статус, який має бути введений у правопорядок, не зашкодивши іншим вже існуючим учасникам правовідносин. Для імплементації цієї категорії законодавці мають відповісти на питання, що таке робот та яке місце він повинен зай-

мати в цивільних правовідносинах: – це суб'єкт чи об'єкт права; – як він буде нести відповідальність за завдану шкоду; кому будуть належати права на винахід.

Таким чином, головне питання полягає не у визнанні авторства за штучним інтелектом, а у законодавчому визначенні особи, якій будуть належати майнові права на об'єкт, створений програмою. Наразі, можна визнавати автором твору створеного штучним інтелектом розробника самого штучного інтелекту. Теперішня редакція Закону України «Про авторське право та суміжні права» чітко визначає, що автором може бути фізична особа, яка своєю працею створила твір. Теоретично можна визначити штучний інтелект винаходом розробника і охороняти права інтелектуальної власності на твори оминаючи ШІ, тобто напругу прив'язувати їх до винахідника. Але до обов'язків, а особливо до покарання за їх невиконання виникають більш серйозні питання. До ШІ такі ж види юридичної відповідальності, як і до громадян, фактично не застосують. Санкції потрібно адаптувати до особливостей штучного інтелекту. В силу того, що він є фактично безсмертним, то вирок до довічного ув'язнення буде сумнівним і не вигідним, тому пропонується застосовувати «юридичну смерть». Тобто в разі порушення законодавства визначеної країни пропонується просто стирати програмний код для уникнення подальших дій ШІ.

Варто пам'ятати ч. 2 ст. 50 Кримінального Кодексу України – покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами. Але до штучного інтелекту це не застосовується. Та ж сама психологічна допомога чи усвідомлення своєї поганої поведінки не зовсім уявляється в контексті ШІ.

Висновки. За своєю сутністю штучний інтелект – це галузь комп'ютерних наук, яка намагається відповісти на питання Тюрінга стверджувально. Це і є спробою відтворити або хоча б змодельовати людський розум в машинах. Поки що широкого розповсюдження набули штучні інтелекти простого типу, які не здатні навчатись, запам'ятовувати минуле та прогнозувати майбутнє. Вищим ШІ є самоусвідомлюваний тип, який може створювати об'єкти інтелектуальної власності самостійно, вміє навчатись, осмислювати інформацію та прогнозувати свої подальші кроки. Для такого нового об'єкта права потрібно створити особливий правовий режим, який би захищав права та створював обов'язки для нього.

До тих пір, поки відповідальність, володіння, розпорядження та користування майном ШІ покладається на виробника або користувача об'єкта робототехніки, не викликає ускладнень визначення суб'єкта правових відносин або суб'єкта права. Але у випадку розробки програмного забезпечення з відкритим початковим кодом (коли його розробниками є невизначена кількість осіб), а також самоусвідомленого типу ШІ визначити виробника буде недостатньо, а отже – відповідальну особу також.

¹ Всемирная организация интеллектуальной собственности. Основы интеллектуальной собственности. Киев: Изд. дом «Ин Юре», 1999. 600 с.

² Пічкурова З.В. Систематизація теоретичних положень та наукових поглядів на економічний зміст інтелектуальної власності: зб. наук. праць. *Наукові записки Національного університету «Острозька академія»*. 2013. Вип. 24. С. 215–219 (Серія «Економіка»).

³ Feigenbaum E.A. Artificial Intelligence: Themes in the Second Decade. *IFIP Congress*. 1968. V. 2. P. 1008–1024.

⁴ Reto Hilty, Jörg Hoffmann, Stefan Scheuerer. Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence. In *Business Law Blog*. URL: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/06/intellectual-property-justification-artificial-intelligence>

Резюме

Тимошенко Є.А. Штучний інтелект як суб'єкт права інтелектуальної власності.

У статті розглянуто штучний інтелект (ШІ), як новий і вже існуючий суб'єкт правовідносин. Детально описано його можливість бути повноцінним учасником відносин права інтелектуальної власності. Штучний інтелект дає змогу комп'ютерам навчатися на власному досвіді, адаптуватися до заданих параметрам і виконувати ті завдання, які раніше були під силу тільки людині. У більшості випадків застосування штучного інтелекту, чи то для гри в шахи, чи то як безпілотного автомобіля, вкрай важливою є можливість навчання і обробки природної мови. Важливо вже зараз почати адаптувати законодавство під майбутні реалії. Необхідно визначити коло прав та обов'язків ШІ, вказати його правовий статус. Відповідно, потрібно визначити, хто буде законним носієм всіх прав та обов'язків, які виникнуть у результаті створення певного творчого об'єкта.

Ключові слова: право інтелектуальної власності, право власності, штучний інтелект, суб'єкт, правовий статус, винахідник.

Резюме

Тимошенко Е.А. Искусственный интеллект как субъект права интеллектуальной собственности.

В статье рассмотрены искусственный интеллект (ИИ), как новый и существующий субъект правоотношений. Подробно описано его возможность быть полноценным участником отношений интеллектуальной собственности. Искусственный интеллект позволяет компьютерам учиться на собственном опыте, адаптироваться к заданным параметрам и выполнять те задачи, которые раньше были под силу только человеку. В большинстве случаев применение искусственного интеллекта, то ли для игры в шахматы, то ли как беспилотного автомобиля, крайне важна возможность обучения и обработки естественного языка. Важно уже сейчас начать адаптировать законодательство под будущие реалии. Необходимо определить круг прав и обязанностей ИИ, указать его правовой статус. Соответственно, нужно определить, кто будет законным носителем всех прав и обязанностей, которые возникнут в результате создания определенного творческого объекта.

Ключевые слова: право интеллектуальной собственности, право собственности, искусственный интеллект, субъект, правовой статус, изобретатель.

Summary

Yelizaveta Tymoshenko. Artificial intelligence as a subject of property law.

The article considers artificial intelligence (AI) as a new and existing subject of legal relations. It is described in detail about his ability to be a full participant in the relationship of intellectual property rights. Artificial intelligence allows computers to learn from their own experience, adapt to given parameters and perform tasks that previously could only be done by humans. In most cases, the use of artificial intelligence, whether for playing chess or as an unmanned vehicle, is extremely important to be able to learn and process natural language. That is, the development and awareness of AI is needed. Thanks to information technology, computers can be “taught” to perform certain tasks by processing large amounts of data and identifying patterns in them.

Artificial intelligence is not in itself identical to the concept of “process automation”, but the development of AI will lead to the fact that more and more tasks will be under the power of a computer program. Therefore, it is important to start adapting the legislation to future realities now. It is necessary to define the range of rights and responsibilities of AI, to indicate its legal status. Accordingly, it is necessary to determine who will be the legal bearer of all rights and responsibilities that will arise as a result of the creation of a particular creative object. In the field of intellectual property law, AI is seen as a new source of creativity, a source capable of producing new results.

The article offers consideration of these issues in the field of intellectual property, as for several years there are examples of works invented by artificial intelligence. For a long time, programs were just a tool to help the author create a work. However, with the development of machine learning and neural networks, artificial intelligence has learned to create a variety of objects: images, videos, music, design. Since the result obtained by artificial intelligence can be potentially protective, the article discusses the question of who should recognize the rights to objects created by AI.

Key words: intellectual property law; property rights; artificial intelligence; subject; legal status; inventor.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.59

УДК 349.41

Д.В. БУСУЙОК

*Діана Вікторівна Бусуйок, доктор юридичних наук, доцент Інституту права Київського національного університету Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-9701-9135

МЕДІАЦІЯ ТА ПРИПИНЕННЯ ДОГОВОРУ ОРЕНДИ ЗЕМЕЛЬНОЇ ЧАСТКИ (ПАЮ) У ВИПАДКУ ЇЇ ВИДІЛЕННЯ В НАТУРІ НА МІСЦЕВОСТІ

Правове регулювання обороту земельних ділянок вимагає їх індивідуалізації. Відтак у практичній діяльності відбувається виділення земельних часток (паїв) в натурі на місцевості. У зв'язку з цим досі постає питання про те, що відбувається з договором оренди землі у випадку виділення земельної частки (паю). Він підлягає припиненню чи переукладенню?

Вважаємо, що такі спори доцільно вирішувати не лише у судовому, а й у позасудовому порядку, за допомогою медіації. Під час медіації потрібно не лише враховувати інтереси сторін земельного спору та їх потреби, а й спиратися на чинне законодавство щодо цього питання та практику вирішення таких спорів Верховним Судом. Постає потреба у визначенні законодавства щодо цього питання та можливих підходів до вирішення таких спорів у порядку медіації.

Визначальними у питанні запровадження земельної частки (паю) є два Укази Президента України – Указ Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва» від 10 листопада 1994 р. № 666/94¹ та Указ Президента України «Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям» від 8 серпня 1995 р. № 720/95².

Відповідно до Указу Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва» від 10 листопада 1994 р. № 666/94 було встановлено, що приватизація земель, які перебувають у користуванні сільськогосподарських підприємств і організацій, є невідкладним першочерговим заходом у здійсненні земельної реформи в Україні.

Передачу земель у колективну та приватну власність для виробництва сільськогосподарської продукції проводити на добровільних засадах, виходячи з того, що земля повинна належати тим, хто її обробляє.

Було рекомендовано місцевим Радам народних депутатів за участю Державного комітету України по земельних ресурсах ужити заходів щодо прискорення передачі відповідно до земельного законодавства безплатно у колективну власність земель колективним сільськогосподарським підприємствам, сільськогосподарським кооперативам, сільськогосподарським акціонерним товариствам, у тому числі створеним на базі радгоспів та інших державних сільськогосподарських підприємств, трудові колективи яких виявили бажання одержати землю у власність.

Організаціям землеустрою – здійснювати у якомога коротші строки поділ земель, які передано в колективну власність, на земельні частки (паї) без виділення їх у натурі (на місцевості).

Кожному члену підприємства, кооперативу, товариства видається сертифікат на право приватної власності на земельну частку (пай) із зазначенням у ньому розміру частки (паю) в умовних кадастрових гектарах, а також у вартісному виразі.

Було встановлено, що право на земельну частку (пай) може бути об'єктом купівлі-продажу, дарування, міни, успадкування, застави.

Визначено також, що кожний член колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства має право безперешкодно вийти з нього та одержати безкоштовно у приватну власність свою частку землі (пай) у натурі (на місцевості), що засвідчується державним актом на право приватної власності на землю.

© Д.В. Бусуйок, 2020

* *Diana Busuiok, Dr. Hab. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Власники земельних ділянок можуть добровільно створювати на базі належних їм земельних ділянок спільні сільськогосподарські підприємства, асоціації, спілки, акціонерні товариства, інші кооперативні підприємства і організації, передавати ці ділянки у спадщину, дарувати, обмінювати, здавати під заставу, надавати в оренду і продавати громадянам України без зміни цільового призначення земельних ділянок.

Граничний розмір загальної площі земельної ділянки, що може бути у приватній власності громадянина, не повинен перевищувати норм, установлених Земельним кодексом України для селянських (фермерських) господарств.

Було встановлено, що роботи, пов'язані з реформуванням земельних відносин, є першочерговими і обов'язковими для науково-дослідних, проектних та інших організацій незалежно від форм власності та відомчої належності.

З метою забезпечення реалізації передбачених у вищевикладеному Указі Президента невідкладних заходів щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва Указ Президента України «Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям» від 8 серпня 1995 р. № 720/95 установив, що паюванню підлягають сільськогосподарські угіддя, передані у колективну власність колективним сільськогосподарським підприємствам, сільськогосподарським кооперативам, сільськогосподарським акціонерним товариствам, у тому числі створеним на базі радгоспів та інших державних сільськогосподарських підприємств.

Паювання земель радгоспів та інших державних сільськогосподарських підприємств здійснюється після перетворення їх на колективні сільськогосподарські підприємства.

Паювання земель передбачає визначення розміру земельної частки (паю) у колективній власності на землю кожного члена колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства без виділення земельних ділянок в натурі (на місцевості).

Право на земельну частку (пай) мають члени колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства, в тому числі пенсіонери, які раніше працювали в ньому і залишаються членами зазначеного підприємства, кооперативу, товариства, відповідно до списку, що додається до державного акта на право колективної власності на землю.

При паюванні вартість і розміри в умовних кадастрових гектарах земельних часток (паїв) всіх членів підприємства, кооперативу, товариства є рівними.

Вартість земельної частки (паю) для кожного підприємства, кооперативу, товариства визначається виходячи з грошової оцінки переданих у колективну власність сільськогосподарських угідь, що обчислюється за методикою грошової оцінки земель, затвердженою Кабінетом Міністрів України, та кількості осіб, які мають право на земельну частку (пай).

Розміри земельної частки (паю) в умовних кадастрових гектарах визначаються виходячи з вартості земельної частки (паю) та середньої грошової оцінки одного гектара сільськогосподарських угідь для даного підприємства, кооперативу, товариства.

Розміри земельної частки (паю) обчислюються комісіями, утвореними у підприємствах, кооперативах, товариствах з числа їх працівників. Рішення щодо затвердження обчислених цими комісіями розмірів земельної частки (паю) по кожному підприємству, кооперативу, товариству окремо приймається районною державною адміністрацією.

Видача громадянам сертифікатів на право на земельну частку (пай) єдиного в Україні зразка та їх реєстрація провадяться відповідною районною державною адміністрацією.

У разі виходу власника земельної частки (паю) з колективного сільськогосподарського підприємства, сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського акціонерного товариства за його заявою здійснюється відведення земельної ділянки в натурі в установленому порядку і видається державний акт на право приватної власності на цю земельну ділянку.

Після видачі громадянину державного акта на право приватної власності на земельну ділянку сертифікат на право на земельну частку (пай) повертається до районної державної адміністрації.

В умовах мораторію на відчуження земель товарного сільськогосподарського призначення переважною формою обороту таких земель, в том числі земельних часток (паїв), стала оренда землі.

Незважаючи на загальноприйнятий в теорії права факт, що об'єктом обороту може бути лише індивідуально визначене майно, у перехідних положеннях Закону України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 р. № 161-XIV3 містяться положення відповідно до яких громадяни – власники сертифікатів на право на земельну частку (пай) до виділення їм у натурі (на місцевості) земельних ділянок мають право укладати договори оренди земель сільськогосподарського призначення, місце розташування яких визначається з урахуванням вимог раціональної організації території і компактності землекористування, відповідно до цих сертифікатів з дотриманням вимог Закону України «Про оренду землі».

Після виділення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв) договір оренди землі переукладається відповідно до державного акта на право власності на земельну ділянку на тих самих умовах, що і раніше укладений, і може бути змінений лише за згодою сторін. Припинення дії договору оренди допускається лише у випадках, визначених Законом України «Про оренду землі».

Відповідно до ст. 31 Закону України «Про оренду землі» договір оренди землі припиняється в разі:
– закінчення строку, на який його було укладено;

– викупу земельної ділянки для суспільних потреб та примусового відчуження земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності в порядку, встановленому законом;
– поєднання в одній особі власника земельної ділянки та орендаря;
– смерті фізичної особи-орендаря, засудження його до позбавлення волі та відмови осіб, зазначених у ст. 7 Закону України «Про оренду землі», від виконання укладеного договору оренди земельної ділянки;
– ліквідації юридичної особи-орендаря;
– відчуження права оренди земельної ділянки заставодержателем;
– набуття права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, що розташовані на орендованій іншою особою земельній ділянці;
– припинення дії договору, укладеного в рамках державно-приватного партнерства, у тому числі концесійного договору (щодо договорів оренди землі, укладених у рамках такого партнерства/концесії).

Договір оренди землі припиняється також в інших випадках, передбачених законом.

Отже перелік підстав для припинення договору оренди землі не є вичерпний. Випадки припинення договору оренди земельної частки (паю) можуть бути передбачені іншим законом. Разом з тим виділення земельної ділянки на основі земельної частки (паю) в натурі (на місцевості) як підстава припинення зобов'язання сторін передбачена не в законі, а в наказі Державного комітету України по земельних ресурсах «Про Затвердження форми Типового договору оренди земельної частки (паю)» від 17 січня 2000 р. № 5⁴.

Ця неузгодженість між цими двома актами, такими різними за своєю юридичною силою, призводить на практиці до виникнення спорів щодо підстав припинення договору оренди земельної частки (паю) у випадку її виділення.

З цього приводу в Постанові Великої Палати Верховного Суду від 1 вересня 2020 р., справа № 233/3676/19⁵ висловлена наступна позиція Великої Палати Верховного Суду щодо суті спору:

У пункті 2.3. договору оренди паю сторони прямо погодили, що в разі виділення земельної ділянки на основі земельної частки (паю) в натурі (на місцевості), договір оренди землі відповідно до державного акту на право власності на земельну ділянку переукладається на тих самих умовах, що і раніше укладений, і може бути змінений лише за згодою сторін. Договір оренди землі переукладається сторонами за цим договором не пізніше ніж у строк до двох місяців з дати виділення земельної ділянки на основі земельної частки (паю) в натурі (на місцевості) та отримання державного акта на право власності на земельну ділянку. Припинення дії договору оренди допускається у випадках, визначених цим договором та чинним законодавством України.

Разом з тим у договорі оренди паю сторони не домовилися про застосування до їхніх правовідносин умов Типового договору.

Таким чином, сторони в договорі оренди паю прямо виключили можливість автоматичного припинення зобов'язань за договором оренди паю та домовилися про його переукладення як договору оренди землі.

Дослідивши вищевикладені акти, нами виявлено певні недоліки щодо визначення підстав припинення договору оренди земельної частки (паю). Така невизначеність провокує виникнення земельних спорів.

З метою удосконалення правового регулювання орендних земельних відносин потрібно узгодити правові приписи різних за юридичною силою актів та закріпити в Законі України «Про оренду землі» таку підставу припинення договору оренди землі, як виділення земельної частки (паю) в натурі на місцевості.

З метою проведення ефективної медіації земельних спорів про цю неузгодженість варто пам'ятати у таких випадках:

1) при проведенні договірної медіації, яка полягатиме в укладенні договору оренди земельної частки (паю) та погодженні підстав припинення цього договору. Така медіація буде спрямована на попередження виникнення спорів щодо підстав припинення такого договору у майбутньому;

2) при проведенні медіації спору щодо припинення договору оренди земельної частки (паю) у випадку її виділення в натурі на місцевості.

¹ Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва: Указ Президента України від 10 листопада 1994 р. № 666/94 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.01.2021).

² Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям: Указ Президента України від 8 серпня 1995 р. № 720/95 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.01.2021).

³ Про оренду землі: Закон України 6 жовтня 1998 р. № 161-XIV / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.01.2021).

⁴ Про Затвердження форми Типового договору оренди земельної частки (паю): наказ Державного комітету України по земельних ресурсах від 17 січня 2000 р. № 5 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.01.2021).

⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 1 вересня 2020 р., справа № 233/3676/19 / Офіційний сайт iplex. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=91644734&red=1000036a93c70edd5d3934390045ec5e6cbc5e&d=5> (дата звернення: 10.01.2021).

Резюме

Бусуйок Д.В. Медиация та припинення договору оренди земельної частки (паю) у випадку її виділення в натурі на місцевості.

У статті визначено, що правове регулювання обороту земельних ділянок вимагає їх індивідуалізації. Відтак у практичній діяльності відбувається виділення земельних часток (паїв) в натурі на місцевості. У зв'язку з цим досі постає питання про те, що відбувається з договором оренди землі у випадку виділення земельної частки (паю) – він підлягає припиненню чи перекладенню?

Зазначено, що такі спори доцільно вирішувати не лише у судовому, а й у позасудовому порядку, за допомогою медиатії. Під час медиатії потрібно не лише враховувати інтереси сторін земельного спору та їх потреби, а й спиратися на чинне законодавство щодо цього питання та практику вирішення таких спорів Верховним Судом. Постає потреба у визначенні законодавства щодо цього питання та можливих підходів до вирішення таких спорів у порядку медиатії.

З метою удосконалення правового регулювання орендних земельних відносин потрібно узгодити правові приписи різних за юридичною силою актів та закріпити в Законі України «Про оренду землі» таку підставу припинення договору оренди землі, як виділення земельної частки (паю) в натурі на місцевості.

Ключові слова: медиация, суд, договір, оренда, земля, земельна частка (пай), виділення в натурі, підстави припинення договору.

Резюме

Бусуйок Д.В. Медиация и прекращение договора аренды земельной доли (пая) в случае её выделения в натуре на местности.

В статье определено, что правовое регулирование оборота земельных участков требует их индивидуализации. Поэтому в практической деятельности происходит выделение земельных долей (паёв) в натуре на местности. В связи с этим до сих пор возникает вопрос о том, что происходит с договором аренды земли в случае выделения земельной доли (пая) – он подлежит прекращению или перезаключению?

Отмечено, что такие споры целесообразно решать не только в судебном, но и во внесудебном порядке, с помощью медиации. Во время медиации нужно не только учитывать интересы сторон земельного спора и их потребности, но и опираться на действующее законодательство по этому вопросу и практику решения таких споров Верховным Судом. Возникает потребность в определении законодательства по этому вопросу и возможных подходов к решению таких споров в порядке медиации.

С целью усовершенствования правового регулирования арендных земельных отношений нужно согласовать правовые предписания различных по юридической силе актов и закрépить в Законе Украины «Об аренде земли» такое основание прекращения договора аренды земли, как выделение земельной доли (пая) в натуре на местности.

Ключевые слова: медиация, суд, договор, аренда, земля, земельная доля (пай), выделение в натуре, основания прекращения договора.

Summary

Diana Busuiok. Mediation and termination of the lease agreement of the land share in case of its allocation in kind on the ground.

The article states that the legal regulation of land turnover requires their individualization. Therefore, in practice there is allocation of land shares (units) in kind on the ground. In this regard, the question still arises as to what happens to the land lease agreement in the case of allocation of land share - is it subject to termination or re-conclusion?

It is noted that such disputes should be resolved not only in court, but also out of court – the order of mediation. Mediation should not only take into account the interests of the parties to the land dispute and their needs, but also rely on current legislation on the issue and the practice of resolving such disputes by the Supreme Court. There is a need to determine the legislation on this issue and possible approaches to resolving such disputes through mediation.

Determinants in the introduction of land share are the Decree of the President of Ukraine “On urgent measures to accelerate land reform in the field of agricultural production” of November 10, 1994 № 666/94 and the Decree of the President of Ukraine “On the distribution of land transferred to collective ownership of agricultural enterprises and organizations” of August 8, 1995 № 720 / 95.

Despite the generally accepted fact in the theory of law that the object of turnover can only be individually identified property in the transitional provisions of the Law of Ukraine “Land Lease” of October 6, 1998 № 161-XIV contains provisions according to which citizens – holders of certificates for the right to land share before allocating them in kind (on the ground) land have the right to enter into lease agreements for agricultural land, the location of which is determined taking into account the requirements of rational organization territory and compactness of land use, in accordance with these certificates in compliance with the Law of Ukraine “Land Lease”.

After allocating land in kind (on the ground) to the owners of land shares (units), the land lease agreement is renegotiated in accordance with the state act on land ownership on the same terms as previously concluded, and may be changed only by agreement of the parties. Termination of the lease agreement is allowed only in cases specified by the Law of Ukraine “Land Lease”.

The list of grounds for termination of the land lease agreement is not exhaustive. Cases of termination of the land lease agreement (share) may be provided by another law. However, the allocation of land on the basis of land share in kind on the ground as a basis for termination of obligations of the parties is not provided by law, but in the order of the State Committee of Ukraine for Land Resources “Approval of the Standard Lease Agreement share” dated January 17, 2000 № 5.

This inconsistency between these two acts, so different in their legal force, in practice leads to disputes over the grounds for termination of the lease of land share in the event of its allocation.

In this regard, in the Resolution of the Grand Chamber of the Supreme Court of September 1, 2020, case № 233/3676/19, a corresponding position was expressed.

Examining the above acts, we identified certain shortcomings in determining the grounds for termination of the lease of land (shares). Such uncertainty provokes land disputes.

In order to improve the legal regulation of leased land relations, it is necessary to harmonize the legal requirements of different legal acts and enshrine in the Law of Ukraine "Land Lease" such grounds for termination of land lease as the allocation of land share in kind on the ground.

In order to effectively mediate land disputes, this inconsistency should be kept in mind in the following cases:

1) when conducting contractual mediation, which will consist in concluding a land lease agreement (share) and agreeing on the grounds for termination of this agreement. Such mediation will be aimed at preventing disputes over the grounds for termination of such an agreement in the future;

2) during the mediation of a dispute regarding the termination of the land lease agreement (share) in the case of its allocation in kind on the ground.

Key words: mediation, court, contract, lease, land, land share, allocation in kind, grounds for termination of the contract.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.60

УДК 349.61

О.А. ВАСЯНОВИЧ

*Ольга Анатоліївна Васянович, кандидат юридичних наук, доцент, науковий співробітник Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України**

ORCID: 0000-0001-7448-1685

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ЕКОЛОГІЧНИХ БІЖЕНЦІВ ЯК ВРАЗЛИВОЇ КАТЕГОРІЇ НАСЕЛЕННЯ, ЩО ПОТРЕБУЮТЬ ЕКОЛОГО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ

Постановка проблеми. Збільшення чисельності осіб, які вимушено залишають свої домівки через зміни клімату або інші екологічні проблеми, невідомо зростає. Кількість вразливих категорій осіб, які потребують еколого-правової охорони, збільшується. У зв'язку з цим на світовому рівні з'явилось поняття «екологічний біженець», яке потребує чіткого правового регулювання та офіційного віднесення його до категорії вразливих.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Наразі питання екологічних біженців зачіпається у деяких міжнародно-правових документах та кількох наукових дослідженнях, що не носять комплексного характеру. Проблеми екологічних біженців як вразливих категорій населення потребують фундаментальних науково-практичних досліджень. Так, до проблеми «екологічний біженець» звертаються такі зарубіжні науковці: Вальтер Келін, Ніна Шрепфель, Гай Дж.Абела, Майкл Бротрагерд, Хесус Дж. Кваресмак, Райа Маттарак, Майкл Брзоска, Крістіан Фроліч, Майкл Бейне. На вітчизняному рівні дослідженнями відповідних проблем займалися такі науковці, як О.Ю. Сухарев, С.Ю. Чундак, І.В. Андел та інші.

Формулювання мети статті. Виходячи з наведених міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб розкрити поняття «екологічний біженець» як вразливої категорії населення та довести необхідність надання правового статусу зазначеній категорії.

Виклад основного матеріалу. Результати численних досліджень показують, що причиною виникнення міграції населення є не лише політичні, економічні фактори, а й екологічна ситуація у конкретній місцевості. Кліматичні зміни, стихійні лиха, екологічні катастрофи змушують людей кардинально змінювати умови проживання, мігрувати, ставати біженцями. Дослідження вчених з 2011 р. по 2016 р. свідчать про збільшення таких випадків. Особливо це стосується районів Західної Азії, Африки¹.

Яскравим прикладом може слугувати ситуація в Сирії, коли кліматичні зміни призвели до масових політичних хвилювань та громадянської війни. Відсутність води, засуха спричинили масову міграцію сільського населення у міста. Антропогенні зміни клімату безпосередньо впливають на такі фактори, як недоїдання, безробіття, хвороби, смертність, насильницькі конфлікти. Існують такі дослідження, що прямо визначають зв'язок кліматичних, екологічних змін та міграції населення². Інші ж дослідження розкривають, як засуха та зміна температури впливають на переміщення населення у Східній Африці: кліматичні фактори та конфлікти, кліматичні фактори та міграція³. Результати дослідження доводять емпіричну оцінку наукових доказів щодо відомого вивчення зміни клімату, конфліктів і як наслідок – міграції в регіонах, що постраждали від «арабської весни». Але різні дослідження містять протилежні висновки, наприклад, щодо підвищення температури: у певних регіонах спостерігається підвищення міграції, у інших, навпаки, міграція зменшується. Така неоднорідність, на думку авторів, є результатом використання різних методів у дослідженні даного питання. З одного боку, до уваги беруться довготривалі кліматичні зміни (температура, аномалії), а, з іншого, – стихійні лиха, шторми, зсуви, паводки. Поняття «відхилення від норми» також має різну змістовну

© О.А. Васянович, 2020

* *Olga Vasianovych, Ph.D. in Law, Associate Professor, Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

наповненість у різних дослідженнях. Так само міграція може бути внутрішньою та зовнішньою, вимушеною і добровільною. Деякими дослідниками як фактор впливу також вказуються непрямі чинники: зміна врожайності, зміна ВВП на одиницю населення⁴, низька заробітна плата⁵. Але, на жаль, не існує прямих доказів того, що клімат та конфлікти є безпосередньо пов'язаними і, як результат, впливають на міграцію населення. Для визначення кліматичних факторів застосовують стандартизований індекс опадів та випаровування SPEI, який називають «індексом мультискалярної засухи», що визначає початок, тривалість та масштаб засухи стосовно нормальних умов у різноманітних системах (річки, території для посіву, екосистеми)⁶. Агрегуючи граничні ефекти по регіонах світу, результати показують, що вплив змін індексу SPEI є особливо значним у країнах Африки на півдні від Сахари, деяких країнах Центральної та Південної Америки, а також в Азії. Комбінований середній граничний ефект для SPEI змінювався в період 2010–2012 рр. і означав, що одне зниження показника (всередині країни) стандартного відхилення SPEI в середньому призводить до збільшення приблизно на 0,03 відсотки ймовірності пошуку притулку за межами країни через зміну кліматичних умов. Такий зв'язок між змінами в збільшенні посухи і потоками шукачів притулку опосередковано впливає на збільшення ймовірності конфлікту, викликаного зміною клімату, що може бути дуже потужною в деяких регіонах світу⁷.

Наявніснуючі рамки для вивчення *рушійних сил* міграції, як правило, визначають *п'ять факторів, що впливають на міграційні потоки*⁸ і беруться в основу дослідження змін клімату⁹:

- економічні чинники (відмінності в доходах і можливості працевлаштування, які діють як детермінанти міграційних потоків);
- політичні чинники (пов'язані з конфліктами, що є однією з найчастіших причин цього);
- демографічні чинники (пов'язані з розміром і складом населення в регіонах їх походження, а також фактори, пов'язані зі здоров'ям);
- соціальні чинники (включаючи культурні звичаї) і екологічні фактори (пов'язані з екопослугами).

Вищенаведене дослідження групи науковців ґрунтується на тому, яким чином екологічні та політичні чинники взаємодіють один з одним в якості детермінантів вимушеної міграції, відповідно до даних про надання притулку.

Згідно з дослідженнями Едварда Мігеля¹⁰, політика щодо підвищення адаптивної здатності справлятися з наслідками змін клімату в країнах, що розвиваються, може мати додатковий прибуток за рахунок зниження ймовірності конфлікту і, як наслідок, вимушеного відтоку міграції. З політичної точки зору такий аналіз дає емпіричну підтримку деяких висунутих аргументів, серед яких висновки Барнетта¹¹, який виступає за концептуалізацію глобальних відповідей на зміну клімату також у рамках національної безпеки.

Згідно зі статистичними даними Центру моніторингу внутрішнього переміщення, з 2008 р. близько 26,4 млн людей стали вимушеними переселенцями внаслідок паводків, ураганів, землетрусів або засухи¹². Тенденції останнього десятиліття визначають зростання випадків переміщення як усередині країн, так і за їх межами. Через зміни клімату кількість переміщених осіб буде зростати. Виникає нова категорія біженців, що зветься «кліматичними біженцями». Але визначення таким категоріям осіб досі на офіційному рівні не надане. Конвенція про біженців 1951 р.¹³ взагалі не розкриває такого виду біженців, вказуючи лише на осіб, які зазнали переслідування через колір шкіри, расу, національність, політичні переконання, належність до певної соціальної групи, релігію.

У контексті збільшення кількості переміщених осіб через зміни клімату та вирішення даної проблеми 19 вересня 2016 р. Генеральна Асамблея ООН прийняла Нью-Йоркську декларацію про біженців та мігрантів¹⁴, у якій закликала до розробки двох глобальних договорів: один про біженців (Глобальний пакт про біженців), а другий – «щодо інших мігрантів» (Глобальний договір про безпечну, впорядковану і легальну міграцію), ухвалених 17 грудня 2018 р. у Нью-Йорку та 10 грудня 2018 р. у Марракеші відповідно¹⁵.

Центр ООН з внутрішнього переміщення (IDMC) та Норвезька рада у справах біженців називають основну причину екологічного переміщення – стихійні лиха. За їхніми визначеннями кліматичний фактор повинен супроводжувати будь-який документ про біженців та мігрантів з того часу, як почали: підвищуватись рівень моря, висушуватись території та перетворюватись на пустелі, виникати екстремальні погодні умови.

Поняття «екологічних біженців» наразі визнається у Глобальному договорі про безпечну, впорядковану та легальну міграцію відповідно до його цілей 2018 р.¹⁶ Цей договір спрямовано на захист прав переміщених осіб та допомогу у вирішенні основних економічних проблем, екологічних і соціальних факторів, що змушують людей полишати свої громади та країни. Однак у даному тексті відсутні практичні зобов'язання з контролю за незаконною міграцією.

Існує велика прогалина у захисті «екологічних біженців» через невизначеність їх як окремої категорії. І це означає, наприклад, що 200 тисяч бангладешців, які щороку стають бездомними через ерозію ґрунтів, не мають змоги звернутися з проханням про переселення до сусідньої країни. Це також означає, що жителі невеличких островів Кірібати, Наурі та Тівалу, що залишаються в надтяжких кліматичних умовах проживання та кожен десятий з яких мігрує до інших країн, не можуть класифікуватись як біженці. Серед 186 країн світу Чад було визнано країною, що найбільше постраждала від кліматичних змін¹⁷.

Питання екологічних біженців обговорюється на рівні ООН з 1985 р., з часу, коли експертом з ЮНЕП – Програми ООН з навколишнього середовища Ессамом Ель-Хінаві екологічних біженців було визначено як «...осіб, що змушені були покинути звичне середовище проживання, тимчасово або назавжди, через помітні зміни у навколишньому середовищі (природному або створеному людиною), що поставило під загрозу їх існу-

вання або суттєво вплинуло на якість їхнього життя»¹⁸. Це визначення також застосовують до поняття «кліматичний біженець». Звичайно, поняття «навколишнє середовище» та «клімат» є абсолютними відмінними, а от стосовно визначення біженців та чи має такий розподіл вплив на статус останніх, до цього часу не досліджувалося.

Найбільшою проблемою залишається визначення поняття «екологічний біженець», враховуючи вище наведені проблемні питання. Воно не визначене в законодавчому порядку, а тому не може бути застосовано на практиці. Отже, фізичним особам не може бути гарантоване право на міжнародно-правовий чи національний захист.

Агентство ООН у справах біженців сподівається, що ініціатива, запущена Нансенівською ініціативною групою Норвегії та Швейцарії у 2012 р.¹⁹ щодо вирішення потенційних прогалин в праві та захисту переміщених осіб через кордони через зміни клімату, зверне увагу на дане питання, адже у 2011 р. відбулася Нансенівська конференція в Норвегії²⁰, на якій було розроблено десять принципів через зміни клімату та переміщення населення.

Зазвичай великомасштабні програми щодо забезпечення прав біженців, спрямовані на зміцнення економічної складової переміщених осіб, досить часто не звертають уваги на адміністрування, планування, масштаб фінансування, що впливають на зазначених вище осіб. Особливо це стосується «екологічних біженців», статус яких наразі не визначено, тому це призводить до значного погіршення становища людей. Як наслідок, люди залишаються безправними, знедоленими та безповоротно переміщеними. Для якісного переміщення людей необхідна грамотна політика планування та визначення терміна «екологічний біженець». На думку групи дослідників Догерті²¹, визначення екологічних біженців повинно включати такі розмежувальні ознаки:

- вимушену міграцію;
- тимчасове або постійне за терміном перебування переміщення;
- перетин кордонів держав;
- порушення, що пов'язані зі змінами клімату: мають вони природний чи антропогенний характер.

Але дані ознаки як основа для визначення відповідного поняття піддається постійній критиці через визначення поняття «біженець» за Конвенцією 1951 р. Відповідні Агентства ООН та Міжнародної організації з міграції (МОМ) не схвалюють його, тому, можливо, потрібно розширити термінологію у відповідній конвенції. Однак термін «екологічний мігрант» широко застосовується агенцією МОМ. Термін «мігрант» є більш зручним, адже тут є вольовий фактор у переміщенні, тобто переміщення відбувається за власною волею.

Останнім часом з'явилося поняття «особа, що витіснена екологією або кліматом». Цей термін також не підкріплено певною відповідальністю через переміщення осіб. Існує термін «внутрішньо переміщені особи» та водночас відсутнє визначення «переміщеної особи» як таке.

Професор Вальтер Келін, колишній представник ООН з прав людини по внутрішньо переміщеним особам, разом з Ніною Шрепфер з Управління Верховного комісаріату (УВКБ) ООН створили одну з найбільш комплексних робіт на сьогоднішній день²². У ній дається визначення зміни клімату, прийнятою Рамковою конвенцією ООН про зміну клімату (РКЗК), доповненою чотирма основними висновками Міжурядової групи експертів зі зміни клімату, що стосуються переміщення населення²³:

- а) скорочення доступної води;
- б) зниження врожайності;
- в) ризик повеней, штормів і прибережних затоплень;
- г) загальний негативний вплив на здоров'я (особливо для бідних, літніх осіб, молоді і маргіналів).

В. Келін і Н. Шрепфер наголошують, що одним із важливих питань, що стосуються примусової міграції перед обличчям цих ризиків, є причинний характер її виникнення. Зміна клімату сама по собі не може викликати рух людей. Рідше існує прямий причинно-наслідковий зв'язок між зміною клімату і рухом; в той час як конкретні кліматичні явища, такі як шторм, можуть викликати рух, зв'язок між штормом і зміною клімату не завжди легко встановити. Навіть за обставин, коли існує прямий причинно-наслідковий зв'язок (наприклад, підвищення рівня моря, що викликає затоплення малих островів), переміщення людей часто є результатом поєднання кількох причин. Таким чином, взаємозв'язок між зміною, викликану кліматом, і переміщенням людей можна розглядати з двох дуже різних точок зору: по-перше, повільне настання наслідків зміни клімату і, по-друге, негайні лиха, такі як шторми.

Існує важливий часовий елемент, властивий міграції, викликаній кліматом. Якщо ця подія є відносно короткої тривалості (наприклад, наслідки шторму), слід брати до уваги можливість людей, які врятувалися від розорення, повернутися після того, як небезпека минула. Келін і Шрепфер виділяють три види перешкод для примусового повернення людей в таких обставинах:

- 1) правові перешкоди для повернення після закінчення екологічної кризи: будь-то примус до повернення (приймаюча держава може піддати людину істотному ризику тортур, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню);
- 2) фактичні перешкоди: немає можливості відправити людей назад в країну (наприклад, відсутність аеропортів, доріг або іншої важливої інфраструктури);
- 3) гуманітарні перешкоди (відсутність місця, куди повернути людей, наявність перешкод з точки зору прав людини, з міркувань співчуття і гуманності через повернення людей назад).

За словами авторів, до тих пір, поки існує одна з трьох ситуацій, *постраждали повинні бути класифіковані як примусово переміщені* і потребують захисту та допомоги з боку держави.

Хоча універсальні договори прямо не конкретно передбачають право людини на безпечне навколишнє середовище, усі органи ООН з прав людини визнають нерозривний зв'язок між навколишнім середовищем та реалізацією прав людини, таких як право на життя, харчування, здоров'я, воду та житло.

Конвенція з прав дитини ООН 1989 р.²⁴ передбачає, що держави-учасниці повинні вживати відповідних заходів щодо боротьби з хворобами та недоїданням шляхом надання відповідних поживних продуктів харчування та чистої питної води з урахуванням небезпеки й ризиків забруднення навколишнього середовища. Договірне право з прав людини може бути застосоване до екологічних біженців, та існує проблема із застосуванням структури правового захисту для вирішення проблем, пов'язаних зі змінами клімату. Договори з прав людини вдало застосовуються на практиці та не можуть забезпечити адекватний захист екологічних біженців. Незважаючи на усі досягнення з урегулювання прав людини, досі не визначено права на безпечне навколишнє середовище відповідно до міжнародного права.

Наприклад, керівні принципи ООН з питань переміщення осіб всередині країни 1998 р. визначили основу для захисту жертв стихійних лих, що не перетинають кордонів країн²⁵. Вони пропонують цінний набір для захисту правових стандартів та зазначають, що уряди країн мають широкий спектр впливу, свободу для виконання таких настанов. Та, на жаль, існує багато проблем щодо застосування відповідних принципів, як і загалом усіх актів міжнародного «м'якого» права: вони не є обов'язковими, хоча й мають слугувати дороговказом для держав у їх національному регулюванні.

У цілому слід зазначити, що існує ціла низка актів міжнародного «м'якого» права, присвячених охороні довкілля, забезпеченню сталого розвитку, протидії змінам клімату тощо. У деяких з них містяться положення, які націлюють на особливі умови охорони вразливих категорій населення від впливу різного роду соціально-екологічних факторів. При цьому як самі ці фактори, так і категорії вразливості визначаються по-різному, що свідчить про відсутність усталених підходів до визначення відповідних груп населення, які підпадають під ці категорії:

– у 1992 р. екологічний саміт – Конференція ООН з навколишнього природного середовища і розвитку у Ріо-де-Жанейро²⁶ однією з програмних сфер визначила захист вразливих категорій населення, помістивши до їх переліку: немовлят і дітей, молоді, жінок. Було також позначено, що такий захист слід здійснювати шляхом створення відповідного потенціалу, розвитку людських ресурсів, науково-технічних засобів, фінансування та оцінки витрат.

– Декларація тисячоліття ООН 2000 р.²⁷ включила вже окремий розділ «Захист вразливих», в якому констатована вразливість дітей та усього громадянського суспільства, яке зазнає страждань внаслідок стихійних лих, геноциду, збройних конфліктів та інших надзвичайних гуманітарних ситуацій.

– Мадридський план дій з питань старіння 2002 р. виявив цілий ряд найбільш вразливих осіб похилого віку (жінки, жінки-інваліди, самотні люди; особи похилого віку, які проживають у зонах лиха)²⁸.

Аналіз вищенаведених актів «м'якого права» та міжнародних договорів у контексті правового становища «екологічних біженців» дає підстави віднести «екологічних біженців» до вразливих категорій населення, що підлягають еколого-правовій охороні за такими ознаками:

1) екологічні біженці – це ті особи, які постраждали через стихійні лиха та повільні зміни клімату, що руйнує умови належного існування кожної людини, захисту її основних прав, а тому вони вимушені залишити місце свого проживання через настання екологічно несприятливих умов;

2) екологічні біженці – це особи різного віку, стану здоров'я, соціального становища, расової та національної приналежності, що вже автоматично відносить їх до категорії «вразливих»;

3) екологічні біженці потребують еколого-правової охорони та захисту, а також належного правового механізму регулювання їх статусу як спільноти на міжнародно-правовому рівні, так і національних рівнях держав.

Вважаємо, що визнання екологічних біженців на рівні міжнародного права як вразливих категорій населення забезпечить їхній захист міжнародним договірним правом у межах договірних інструментів не лише щодо статусу біженців, а й щодо вразливих категорій населення.

Важливим аспектом проблеми є те, що статус екологічних біженців має зберігатися доти, доки не будуть усунені перешкоди, які спричинили набуття ними (екологічними біженцями) зазначеного становища. При цьому при втраті статусу екологічних біженців ці особи повинні залишатися об'єктом еколого-правової охорони як одна із категорій вразливості (поряд з тими категоріями, що визначають на правовому рівні осіб як «вразливих» через їх вік, стан здоров'я та інші фактори).

Висновки. Людина та її життя визнаються найвищою цінністю на міжнародному та внутрішньодержавному рівнях. Питання правового статусу екологічних біженців порушено низкою міжнародних актів і впливає із самого становища людини та її базових потреб, які закріплені міжнародними екологічними конвенціями й деклараціями, ухваленими Генеральними Асамблеями ООН.

Важливою проблемою правового становища екологічних біженців як вразливої категорії населення, що представляють собою об'єкти еколого-правової охорони, є необхідність закріплення їх правового статусу на міжнародному та національному рівнях, визначення понятійного апарату відповідної предметної сфери, категорій осіб, які можуть набувати такий статус, порядку такого набуття, а також механізму їх охорони.

- ¹ Brzoska M., Fröhlich C. (2016). Climate change, migration and violent conflict: vulnerabilities, pathways and adaptation strategies. *Migr. Dev.* 5, 190–210. URL: <https://doi.org/10.1080/21632324.2015.1022973>
- ² Там само.
- ³ Owain, E.L., Maslin M.A. (2018). Assessing the relative contribution of economic, political and environmental factors on past conflict and the displacement of people in East Africa. *Palgrave Commun.* 4, 47. URL: <https://doi.org/10.1057/s41599-018-0096-6>
- ⁴ Там само.
- ⁵ Beine M., Parsons C. (2015). Climatic factors as determinants of international migration. *Scand. J. Econ.* 117, 723–767. URL: <https://doi.org/10.1111/sjoe.12098>
- ⁶ The Standardized Precipitation Evapotranspiration Index (SPEI) URL: <https://climatedataguide.ucar.edu/climate-data/standardized-precipitation-evapotranspiration-index-spei>
- ⁷ Climate, conflict and forced migration. Guy J. Abel JesusCrespo Cuaresmac Raya Muttarakd “Marginal effects of SPEI on conflict and sele Michael Brottrager action to asylum seeking for the 2010–2012 period”. URL: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959378018301596?via%3Dihub>
- ⁸ Lee E.S. (1966). A theory of migration. *Demography* 3, 47–57. URL: <https://doi.org/10.2307/2060063>
- ⁹ Black R., Adger W.N., Arnell N.W., Dercon S., Geddes A., Thomas D., 2011. The effect of environmental change on human migration. *Glob. Environ. Change* 21, S.3–11. URL: <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2011.10.001>
- ¹⁰ Miguel E., Satyanath S., Sergenti E. (2004). Economic shocks and civil conflict: an instrumental variables approach. *J. Polit. Econ.* 112, 725–753. URL: [https://doi.org/10.1016/S0959-3780\(02\)00080-8](https://doi.org/10.1016/S0959-3780(02)00080-8)
- ¹¹ Barnett J. (2003). Security and climate change. *Glob. Environ. Change* 13, 7–17. URL: [https://doi.org/10.1016/S0959-3780\(02\)00080-8](https://doi.org/10.1016/S0959-3780(02)00080-8)
- ¹² 2018 Global report on internal displacement. URL: <https://www.internal-displacement.org/publications/2018-global-report-on-internal-displacement>
- ¹³ Конвенція про статус біженців 1951 р. URL: https://www.zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_011#Text
- ¹⁴ РЕЗОЛЮЦІЯ 71/1, прийнята Генеральною Ассамблеєю Організації Об'єднаних Націй, «Нью-Йоркська декларація о беженцах и мигрантах» 19 сентября 2016 г. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU16045>
- ¹⁵ Глобальний договір про безпечну, впорядковану і легальну міграцію. URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=ru/A/RES/73/195>
- ¹⁶ Там само.
- ¹⁷ Lee E.S. (1966). A theory of migration. *Demography* 3, 47–57. URL: <https://doi.org/10.2307/2060063>; Missirian A., Schlenker W. (2017). Asylum applications respond to temperature fluctuations. *Science* 358, 1610–1614. URL: <https://doi.org/10.1126/science.aao0432>
- ¹⁸ The concept of ‘climate refugee’ towards a possible definition. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621893/EPRS_BRI\(2018\)621893_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/621893/EPRS_BRI(2018)621893_EN.pdf)
- ¹⁹ Nansen Initiative Group. URL: <https://www.unhcr.org/5448c7939.pdf> <https://environmentalmigration.iom.int/nansen-initiative-global-consultation-report>
- ²⁰ Nansen Conference on Climate Change and Displacement in the 21st century (Oslo, 6–7 June 2011): Conference Report. URL: <https://www.unhcr.org/protection/environment/4ea969729/nansen-conference-climate-change-displacement-21st-century-oslo-6-7-june.html>
- ²¹ Bonnie Docherty & Tyler Giannini, Symposium: Confronting a Rising Tide: A Proposal for a Climate Refugee Treaty, 33 *Harvard EVITL L. Rev.* 349, 372, 385 (2009).
- ²² Walter Kälin and Nina Schrepfer. University of Bern, Switzerland Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches. <https://www.unhcr.org/4f33f1729.pdf>
- ²³ Walter Kälin and Nina Schrepfer University of Bern, Switzerland Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches. URL: <https://www.unhcr.org/4f33f1729.pdf>
- ²⁴ Конвенція з прав дитини ООН 1989 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text
- ²⁵ Керівні принципи УВКБ ООН з питань про переміщення осіб усередині країни. URL: <https://www.unhcr.org/ua/resources>
- ²⁶ Конференція ООН з навколишнього природного середовища і розвитку у Ріо-де-Жанейро. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_455#Text
- ²⁷ Декларація тисячоліття ООН 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_621#Text
- ²⁸ Мадридський план дій з питань старіння 2002 р. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/ageing_program.shtml

Резюме

Васянович О.А. Правове становище екологічних біженців як вразливої категорії населення, що потребують еколого-правової охорони.

У статті розкриваються проблемні питання щодо визначення поняття «екологічні біженці», яке наразі не знайшло свого підкріплення на правовому рівні. Чинники природного та антропогенного характеру зумовили появу та необхідність існування даної категорії біженців. Стаття присвячена аналізу міжнародних договорів та наукових досліджень правового статусу екологічних біженців як вразливої категорії населення, що потребує еколого-правової охорони, що доводять важливість існування даної правової категорії.

Ключові слова: біженці, екологічні біженці, переміщені особи, примусова міграція, добровільна міграція, стандартизований індекс опадів та випаровування SPEI.

Резюме

Васянович О.А. Правовое положение экологических беженцев как уязвимой категории населения, нуждающихся в эколого-правовой охране.

В статье раскрываются проблемные вопросы определения понятия «экологические беженцы», которое пока не нашло своего подкрепления на правовом уровне. Факторы естественного и антропогенного характера обусловили появление и необ-

ходимость существования данной категории беженцев. Статья посвящена анализу международных договоров и научных исследований правового статуса экологических беженцев как уязвимой категории населения, нуждающихся в эколого-правовой охране, доказывающих важность существования данной правовой категории.

Ключевые слова: беженцы, экологические беженцы, перемещенные лица, принудительная миграция, добровольная миграция, стандартизированный индекс осадков и испарения SPEI.

Summary

Olga Vasianovych. Legal status of environmental refugees as a vulnerable categories of the population requiring environmental and legal protection.

The increase in the number of people forced to leave their homes due to climate changes or other environmental problems is growing steadily. The number of vulnerable categories of population requiring environmental protection is increasing. In this regard, the concept of “environmental refugee” has emerged at the global level, which requires clear legal regulation and its formal classification as vulnerable.

The results of numerous studies show that the cause of migration is not only political and economic factors, but also the environmental situation in a particular area. To determine climatic factors, a standardized precipitation and evaporation index SPEI is used, which is called the “multi-scalar drought index”, which determines the onset, duration and extent of drought relative to normal conditions in various systems (rivers, sowing areas, ecosystems).

The concept of “environmental refugees” is currently recognized in the Global Compact on safe, orderly and legal migration in accordance with its 2018 goals.

The issue of environmental refugees has been discussed at the UN level since 1985, when UNEP – UN Environment Program expert Essam El-Hinawi identified environmental refugees as “... people who have been forced to leave their habitat, temporarily or permanently, due to noticeable changes in the environment (natural or man-made), which endangered their existence or significantly affected their quality of life.”

The definition of environmental refugees should include the following distinguishing features: forced migration, temporary or permanent relocation, border crossings, disturbances related to climate change: whether they are natural or anthropogenic.

The analysis of acts of “soft law” and international agreements in the context of the legal status of “environmental refugees” gives grounds to classify “environmental refugees” as vulnerable categories of the population subject to environmental and legal protection on the following grounds:

1) environmental refugees are those who have suffered from natural disasters and slow climate change, which destroys the conditions of proper existence of each person, protection of his fundamental rights, and therefore they are forced to leave their places of residence due to environmentally unfavorable conditions;

2) environmental refugees are persons of different ages, health conditions, social status, race and nationality, which already automatically classifies them as “vulnerable”;

3) environmental refugees need environmental and legal protection and protection, as well as an appropriate legal mechanism to regulate their status as a community at the international legal level and at the national level.

Key words: refugees, environmental refugees, displaced persons, forced migration, voluntary migration, standardized precipitation index and evaporation SPEI.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.61

УДК 349.42

І.І. ЯКУБОВИЧ

*Ігор Ігорович Якубович, аспірант Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0002-8689-2593

АГРАРНІ ФІНАНСОВІ ІНТЕРВЕНЦІЇ ЯК ПРАВОВА МОДЕЛЬ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗЕРНА: ІСТОРІЯ ТА СУЧАСНІСТЬ

Постановка проблеми. Протягом 18 років однією із юридичних моделей реалізації зерна в Україні були інтервенційні операції із зерном та продуктами його переробки. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24 червня 2004 р. станом на листопад 2020 р. державна аграрна інтервенція визначалася як продаж або придбання сільськогосподарської продукції на організованому аграрному ринку з метою забезпечення цінової стабільності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В юридичній науці було проведено дослідження, спрямовані на з'ясування особливостей державних аграрних інтервенцій, авторами яких є Х.А. Григор'єва, Т.О. Коваленко, Ю.І. Кудріна, С.І. Марченко, І.П. Сафонов, В.І. Семчик, А.М. Статівка та інші вчені. У 2012 р. С.О. Костенко захистила кандидатську дисертацію на тему «Правове регулювання здійснення державних аграрних

інтервенцій в Україні)¹. Водночас окремого дослідження інтервенційних операцій як моделі реалізації зерна в Україні не проводилось. Більше того, істотне оновлення аграрного законодавства наприкінці 2020 р. в частині надання державної підтримки суб'єктам аграрного підприємництва актуалізують тему даної статті.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є аналіз розвитку законодавчого регулювання фінансових інтервенцій із зерном в Україні, проведення порівняльно-правового дослідження моделей аграрних інтервенцій в Україні та ЄС, оцінка змін аграрного законодавства щодо аграрних інтервенцій наприкінці 2020 р. та обґрунтування пропозицій, спрямованих на удосконалення юридичної моделі реалізації зерна через механізм аграрних фінансових інтервенцій.

Виклад основного матеріалу. Починаючи з 1995 р. в Україні було декілька законодавчих спроб запровадити державні інтервенційні закупівлі сільськогосподарської продукції, насамперед зерна, проте ефективного механізму здійснення таких операцій так і не було запроваджено. Закріплення у аграрному законодавстві моделі здійснення аграрних інтервенцій через організований аграрний ринок, зокрема Аграрну біржу, позбавило доступу до такої форми державної підтримки та способу реалізації зерна дрібних та середніх товаровиробників. Уповноваження спочатку ДАК «Хліб України», а потім Аграрного фонду на здійснення аграрних інтервенцій без чіткого визначення їх обов'язків і юридичної відповідальності призвело до зловживань, неефективного використання бюджетних коштів і фактично дискредитувало саму ідею аграрних інтервенцій. Аграрним фондом замість аграрних інтервенцій здійснювалися звичайні біржові відносини купівлі-продажу². Так, у звіті Рахункової палати 2008 р. зазначається, що Аграрний фонд завдання по формуванню продовольчого резерву у 2007 р. не виконав: продовольчий резерв зерна пшениці і жита сформовано на 66,5 %, а цукру – на 14 %. Основними причинами невиконання визначених Кабінетом Міністрів України обсягів зерна пшениці і жита до державного продовольчого резерву була недостатність коштів, виділених з державного бюджету на його формування, а також затримка з початком закупівлі збіжжя і це призвело до того, що закладка проводилася за максимально високими цінами. У результаті таких дій Аграрного фонду було допущено неефективне управління коштами державного бюджету в сумі 110,7 млн грн, або 21 % від загальної суми асигнувань, а своєчасне використання цих коштів дало б змогу закупити додатково понад 100 тис. т зерна до державного продовольчого резерву³. Крім цього, державні аграрні інтервенції не були забезпечені фінансово в повному обсязі з боку держави. Зокрема, у 2008 р. на рахунки Аграрного фонду надійшло лише 165,7 млн грн проти передбачених Законом України «Про державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» в сумі 1 млрд 623 млн грн⁴.

У грудні 2020 р. Верховна Рада України замість того, щоб удосконалити правовий механізм аграрних інтервенцій, зокрема із зерном, вилучила приписи щодо аграрних інтервенцій як форми державної підтримки аграрних товаровиробників із Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України»⁵. При цьому у пояснювальній записці до проекту Закону України № 3295 «Про внесення змін до Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» та інших законів України щодо функціонування Державного аграрного реєстру та удосконалення державної підтримки виробників сільськогосподарської продукції» не наведено жодного обґрунтування доцільності виключення положень із закону, які стосуються врегулювання питань державної аграрної інтервенції як форми державного втручання⁶. У Висновку Головного науково-експертного управління на згаданий проект Закону⁷ зазначено, що у проекті пропонується виключити із Закону положення, якими регулюються питання державної аграрної інтервенції, проте у пояснювальній записці до проекту не надано належного обґрунтування цього. Крім цього, таке виключення не узгоджується з п. 1.1 ст. 1 Закону «Про державну підтримку сільського господарства України», згідно з яким він (Закон) «визначає основи державної політики у бюджетній, кредитній, ціновій, регуляторній та інших сферах державного управління щодо стимулювання виробництва сільськогосподарської продукції та розвитку аграрного ринку, а також забезпечення продовольчої безпеки населення». На думку Головного науково-експертного управління, яка заслуговує на підтримку, державне цінове регулювання окремих видів сільськогосподарської продукції здійснюється саме за допомогою таких інструментів, як «регулювання гуртових цін окремих видів сільськогосподарської продукції, встановлюючи мінімальні та максимальні інтервенційні ціни, а також застосовуючи інші заходи, визначені цим Законом» (п. 3.1 ст. 3 Закону). При цьому вказані інструменти за умов їх ефективного використання дозволяють підтримувати належну цінову політику в аграрному секторі, що, в свою чергу, має суттєве значення при ціноутворенні на харчову продукцію для кінцевого споживача. Отже, їх скасування може мати негативні соціально-економічні наслідки⁸.

Незважаючи на зазначене вище, Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо функціонування Державного аграрного реєстру та удосконалення державної підтримки виробників сільськогосподарської продукції» від 5 листопада 2020 р. набув чинності з 4 грудня 2020 р. Водночас підзаконні нормативно-правові акти, прийняті на його розвиток, залишаються не скасованими⁹. Наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 27 серпня 2020 р. № 1646 були затверджені та діють досі мінімальні й максимальні інтервенційні ціни на об'єкти державного цінового регулювання у 2020/2021 маркетинговому періоді, зокрема на пшеницю м'яку групи «А» 1, 2 та 3 класів; пшеницю м'яку групи «Б» 4 та 5 класів; пшеницю м'яку 6 класу, жито 1, 2 та 3 класів¹⁰.

Для того, щоб зробити висновок про доцільність чи недоцільність існування аграрних інтервенцій як моделі реалізації зерна та форми державної підтримки суб'єктів аграрного підприємства, звернемося до міжнародного досвіду, зокрема досвіду Європейського Співтовариства. В ЄС в рамках Спільної аграрної політики (далі – САП ЄС) з метою підтримання рівня цін на сільськогосподарську продукцію застосовується

механізм інтервенцій. З самого початку впровадження CAP ЄС підтримка цін була головним інструментом забезпечення стабільності аграрного ринку та забезпечення доходу для фермерів. Цінова підтримка шляхом інтервенцій здійснювалась шляхом встановлення базових цін на сільськогосподарську продукцію, яка гарантувала фіксовану ціну фермерам за вироблену ними сільськогосподарську продукцію. Зараз у CAP ЄС закріплено, що система інтервенцій передбачає встановлення інтервенційних цін лише на тому рівні, які гарантують їх застосування лише у випадку дійсної цінової кризи і коли виникає ризик руйнування аграрного ринку¹¹.

У науці аграрного права України порівняльно-правове дослідження правового регулювання аграрних інтервенцій у країнах ЄС провели В.І. Семчик та С.О. Костенко¹². Автори дійшли висновку, що інтервенційна закупівля в державах ЄС здійснюється двома способами. Перший – безпосереднє прийняття складськими приміщеннями інтервенційних центрів сільськогосподарської продукції за заздалегідь встановленою Комісією ЄС єдиною для усіх держав-учасниць ціною, що, наприклад для пшениці, становить 101,31 євро/т, в межах кількісного ліміту. Комісія ЄС може прийняти рішення про продовження даного механізму інтервенційних закупівель понад встановлений ліміт, якщо того вимагає ситуація на ринку. Проте якщо після вичерпання підвищеного ліміту на аграрному ринку продовжує існувати ситуація, що потребує стабілізації, то Комісія ЄС може порушити питання про застосування другого способу інтервенційних закупівель, що полягає в закупівлі у рамках торгової процедури, яка оголошується в урядовій газеті ЄС¹³.

У 2013 р. було оновлено нормативно-правове регулювання інтервенційних операцій в рамках САП ЄС. Так, відповідно до Регламенту (ЄС) № 1308/2013 Європейського парламенту та Ради від 17 грудня 2013 р. про запровадження спільної організації ринків сільськогосподарської продукції та про скасування Регламентів Ради (ЄЕС) № 922/72, (ЄЕС) № 234/79, (ЄС) № 1037/2001 та (ЄС) № 1234/2007¹⁴, з метою стабілізації ринків та забезпечення справедливого рівня життя сільськогосподарського населення було розроблено диференційовану систему ринкової підтримки для різних секторів, яка серед іншого включає також публічні інтервенції. Такі інтервенції мають здійснюватися на наступних засадах: ринкове втручання може мати форму державного втручання, а також інших форм втручання, які не використовують попередні встановлені цінові індикатори; система публічних інтервенцій повинна бути доступна протягом певних періодів року та має бути в ці періоди відкритою на постійній основі або відкритою залежно від ринкових цін; публічна інтервенційна ціна повинна складатися з фіксованої ціни на певні кількості деяких товарів; слід передбачити спеціальні інтервенції, щоб ефективно реагувати на загрози порушення ринку. Публічні інтервенції можуть застосовуватися, зокрема, до таких різновидів продуктів, як звичайна пшениця, тверда пшениця, ячмінь і кукурудза, неочищений рис. Такі інтервенції повинні бути доступні щодо звичайної пшениці, твердої пшениці, ячменю та кукурудзи з 1 листопада по 31 травня. Інтервенційна ціна означає: а) ціну, за якою товари закуповуються в режимі державних інтервенцій, якщо це робиться за фіксованою ціною; або б) максимальну ціну, за якою продукти, які підпадають під режим публічних інтервенцій, можна придбати шляхом торгів. Щороку Комісія публікує деталі щодо умов, за яких товари, придбані в рамках публічних інтервенцій, продавались у попередньому році.

Основною відмінністю державних аграрних інтервенцій в Україні та ЄС є те, що стабілізація аграрного ринку ЄС в режимі державних інтервенцій відбувається насамперед поза біржовою торгівлею. На думку В.І. Семчика та С.О. Костенко, це забезпечує оперативність реагування на відповідну ситуацію на ринку, дозволяє скоротити час та зменшити вартість продукції шляхом виключення зайвого посередника в даних відносинах, а також забезпечити підтримку усіх товаровиробників, незалежно від їхнього фінансового стану, адже кожен товаровиробник у змозі без зайвих витрат доставити (продати) свою продукцію до складського інтервенційного приміщення¹⁵.

Ще у 2012 р. в своїй кандидатській дисертації С.О. Костенко, з урахуванням європейського досвіду, обґрунтувала пропозицію внести зміни до аграрного законодавства в частині здійснення аграрних інтервенцій поза біржовою торгівлею¹⁶. Автор пропонує здійснювати фінансові аграрні інтервенції безпосередньо шляхом приймання складами відповідної продукції, що забезпечить рівні умови для участі товаровиробників у фінансових інтервенціях, а також знизить ціну на даний товар, шляхом виключення нинішнього додаткового учасника торгів – біржу¹⁷. Проте протягом восьми років ці пропозиції залишалися без уваги законодавця.

Окремі аспекти здійснення державних інтервенцій в рамках САП ЄС деталізовані у Делегованому регламенті Комісії (ЄС) 2016/1238 від 18 травня 2016 р. про доповнення Регламенту (ЄС) № 1308/2013 Європейського Парламенту та Ради щодо державних інтервенцій та допомоги для приватного зберігання¹⁸. Зазначеним Регламентом, серед іншого, встановлюються вимоги щодо прийнятності продукції (зокрема в частині її якості); вимоги до місць зберігання продукції, яка була закуплена в режимі державних інтервенцій. У цьому зв'язку варто підтримати пропозицію В.І. Семчика та С.О. Костенко щодо закріплення в законодавстві України окремої норми, присвяченої якості продукції, що пропонується для інтервенційної закупівлі. В ЄС, зокрема, щодо пшениці передбачається, що вона повинна мати відповідне забарвлення та не мати сторонніх запахів і живих шкідників, вся партія має бути однорідною, відповідати мінімальним вимогам якості, встановленим Комісією ЄС, а рівень вмісту шкідливих субстанцій (мікотоксину, залишків пестицидів, важких металів, радіації) не повинен перевищувати допустимого рівня, встановленого правом ЄС¹⁹. Також позитивний вплив на забезпечення ефективності механізму державних інтервенцій в Україні справило б запозичення й іншого європейського досвіду, зокрема щодо формування мінімальних обсягів партій сільськогосподарської продук-

ції, яка продається в режимі державних інтервенцій. Так, в ЄС «встановлюються мінімальні обсяги партії, що для пшениці не можуть бути меншими ніж 80 т у разі закупівлі з доставкою до складських інтервенційних приміщень та 500 т у разі прийняття пшениці у місці зберігання. Доставка товару до місць зберігання в межах 100 км здійснюється за рахунок продавця, а якщо відстань до найближчого інтервенційного складу більша, то Агентство відшкодовує витрати на транспорт, але лише в межах того, що переважає 100 км»²⁰.

З метою гарантування виконання зобов'язань в режимі публічних інтервенцій Європейська комісія ввела їх забезпечення з боку продавців, що полягає у внесенні продавцями певної грошової суми, яка повертається їм при виконанні всіх узятих зобов'язань. На нашу думку, такий досвід також може бути корисним для України. Наприклад, для пшениці таке забезпечення становить 20 євро/т²¹.

Висновки. Публічні інтервенції як форма державної підтримки аграрних товаровиробників та модель реалізації зерна застосовуються в ЄС як один із заходів в рамках Спільної аграрної політики ЄС. З урахуванням Угоди про асоціацію між Україною та ЄС та з метою приведення національного законодавства до вимог аграрного законодавства ЄС доцільно відновити в Законі України «Про державну підтримку сільського господарства України» приписи щодо такої форми державної підтримки суб'єктів аграрного підприємництва та моделі реалізації зерна, як аграрні інтервенції. При цьому в основу правового регулювання має бути покладено оновлену модель здійснення аграрних інтервенцій, яка базується на приписах ЄС у цій сфері.

¹ Костенко С.О. Правове регулювання здійснення державних аграрних інтервенцій в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2012. 188 с.

² Костенко С.О. Правове регулювання здійснення державних аграрних інтервенцій в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2012. С. 44.

³ Звіт Рахункової палати України за 2008 р. Київ: Рахункова палата України, 2009. URL: http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/publish/article/1497434#_Toc225828966

⁴ Про результати аналізу використання коштів державного бюджету України, виділених на державну підтримку АПК. Бюлетень підготовлено за матеріалами «Звіту про результати аналізу використання коштів Державного бюджету України, виділених на державну підтримку АПК». Київ: Рахункова палата України, 2009. URL: <http://www.ac-rada.gov.ua/control/main/uk/publish/article/16720005>

⁵ Про внесення змін до деяких законів України щодо функціонування Державного аграрного реєстру та удосконалення державної підтримки виробників сільськогосподарської продукції: Закон України від 5 листопада 2020 р. *Офіційний вісник України*. 2020. № 98. Ст. 3184.

⁶ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» та інших законів України щодо функціонування Державного аграрного реєстру та удосконалення державної підтримки виробників сільськогосподарської продукції». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=3295&skl=10

⁷ Висновок Головного науково-експертного управління на проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» та інших законів України щодо функціонування Державного аграрного реєстру та удосконалення державної підтримки виробників сільськогосподарської продукції». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=3295&skl=10

⁸ Там само.

⁹ Методика визначення мінімальної та максимальної інтервенційної ціни об'єкта державного цінового регулювання, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2010 р. № 159; Порядок використання коштів, передбачених у державному бюджеті на формування Аграрним фондом державного інтервенційного фонду, а також закупівлю матеріально-технічних ресурсів для потреб сільськогосподарських товаровиробників, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 23 червня 2010 р. № 503.

¹⁰ Питання діяльності Аграрного фонду на організованому аграрному ринку у 2020/2021 маркетинговому періоді: наказ Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 27 серпня 2020 р. № 1646. *Офіційний вісник України*. 2020. № 75. Ст. 2417.

¹¹ The future of CAP market measures. Agricultural Policy Perspectives Briefs. January 2011. Brief n° 3. P. 3. URL: https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/key-policies/common-agricultural-policy/cap-glance_en

¹² Семчик В.І., Костенко С.О. Досвід правового регулювання аграрних інтервенцій у країнах ЄС: порівняльно-правовий аспект. *Держава і право*. 2012. Вип. 57. С. 380–386.

¹³ Там само. С. 382–383.

¹⁴ Regulation (EU) No 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products and repealing Council Regulations (EEC) No 922/72, (EEC) No 234/79, (EC) No 1037/2001 and (EC) No 1234/2007. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32013R1308>

¹⁵ Семчик В.І., Костенко С.О. Досвід правового регулювання аграрних інтервенцій у країнах ЄС: порівняльно-правовий аспект. *Держава і право*. 2012. Вип. 57. С. 382–383.

¹⁶ Костенко С.О. Правове регулювання здійснення державних аграрних інтервенцій в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2012. С. 157–158.

¹⁷ Там само.

¹⁸ Commission Delegated Regulation (EU) 2016/1238 of 18 May 2016 supplementing Regulation (EU) No 1308/2013 of the European Parliament and of the Council with regard to public intervention and aid for private storage. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1238>.

¹⁹ Семчик В.І., Костенко С.О. Досвід правового регулювання аграрних інтервенцій у країнах ЄС: порівняльно-правовий аспект. *Держава і право*. 2012. Вип. 57. С. 383–384.

²⁰ Там само.

²¹ Там само.

Резюме

Якубович І.І. Аграрні фінансові інтервенції як правова модель реалізації зерна: історія та сучасність.

У статті окреслено особливості розвитку аграрного законодавства України, спрямованого на регулювання аграрних фінансових інтервенцій із зерном. Доведено, що виключення із Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» в грудні 2020 р. приписів щодо такої форми державної підтримки, як аграрні інтервенції, є не обґрунтованим та передчасним. Проведено порівняльно-правове дослідження здійснення аграрних інтервенцій в Україні та ЄС, у результаті чого обґрунтовано пропозицію відновити в Законі України «Про державну підтримку сільського господарства України» приписи щодо аграрних інтервенцій, базуючись на європейській моделі регулювання публічних інтервенцій.

Ключові слова: аграрний ринок, аграрні інтервенції, зерно, реалізація зерна, ринок зерна, сільськогосподарське виробництво.

Резюме

Якубович И.И. Аграрные финансовые интервенции как правовая модель реализации зерна: история и современность.

В статье обозначены особенности развития аграрного законодательства Украины, направленного на регулирование аграрных финансовых интервенций с зерном. Доказано, что исключение из Закона Украины «О государственной поддержке сельского хозяйства Украины» в декабре 2020 г. предписаний относительно такой формы государственной поддержки, как аграрные интервенции, является необоснованным и преждевременным. Проведено сравнительно-правовое исследование осуществления аграрных интервенций в Украине и ЕС, в результате чего обосновано предложение восстановить в Законе Украины «О государственной поддержке сельского хозяйства Украины» предписания об аграрных интервенциях, основываясь на европейской модели регулирования публичных интервенций.

Ключевые слова: аграрные интервенции, аграрный рынок, зерно, реализация зерна, рынок зерна, сельскохозяйственное производство.

Summary

Igor Yakubovich. Agrarian financial interventions as a legal model for the sale of grain: history and modernity.

The article outlines the features of the development of agricultural legislation of Ukraine aimed at regulation of agricultural financial interventions with grain. Since 1995, there have been several legislative attempts in Ukraine to introduce state intervention procurement of agricultural products, primarily grain, but no effective mechanism for such operations has been introduced. The enshrinement in agrarian legislation of the model of agricultural interventions through the organized agricultural market, in particular the Agrarian Exchange, deprived access to this form of state support and the method of selling grain to small and medium-sized producers. State agrarian interventions were not fully funded by the state. Significant defects are also inherent for the legal regulation of financial interventions with grain. Proposals of agrarian law science to improve the legal regulation of agrarian interventions based on the international experience were ignored by the legislator.

The author argues that the exclusion in December 2020 from the Law of Ukraine «On State Support of Agriculture of Ukraine» of the provisions, regulating such a form of state agricultural support as agricultural interventions, is unfounded and premature.

The article conducts a comparative legal study of agricultural interventions in Ukraine and the EU, as a result of which the proposals to restore the provisions of agrarian interventions in the Law of Ukraine «On State Support of Agriculture of Ukraine» are substantiated. At the same time, legal regulation should be based on an updated model of agricultural interventions, which has to be based on the EU regulations in this area, in particular: a) stabilization of the agricultural market in the mode of state intervention, primarily off-exchange trade; b) enshrining in the legislation of Ukraine a separate rule on the quality of products, offered for the intervention procurement; c) the formation of minimum volumes of consignments of agricultural products, sold under state interventions.

Key words: agrarian interventions; agricultural market; agricultural production; grain; grain market; sale of grain.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.62

УДК 343.973

Б.М. ГОЛОВКІН

*Богдан Миколайович Головкін, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, член-кореспондент Національної академії правових наук України**

ORCID: 0000-0002-0333-9806

ПРО КОРУПЦІЮ В ПРИВАТНОМУ СЕКТОРІ

Постановка проблеми. Після виходу українських компаній на міжнародні ринки і проведення експортно-імпортних операцій з транснаціональними корпораціями із Сполучених Штатів Америки, Великої Британії та держав-членів Європейського Союзу деякі з них одразу потрапили під дію екстериторіальних антикорупційних законів і міжнародних договорів у сфері боротьби з корупцією та піддалися санкціям. Антикорупційні розслідування розпочалися і проти великих українських компаній, що вели бізнес із контрагентами з іноземними інвестиціями. Однак це не стало приводом для початку боротьби з корупцією у сфері бізнесу в нашій державі. Перші зрушення з цього питання намітилися після ратифікації Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією (ETS 173) (1999 р.) і Конвенції ООН Проти корупції (2003 р.) у 2006 р. та криміналізації низки корупційних злочинів. Відтоді розпочалася масштабна компанія боротьби з корупцією в органах державної влади і місцевого самоврядування. А вже під час антикорупційної реформи стартувала протидія корупції в приватному секторі, принаймні таке завдання було закріплене на рівні Антикорупційної стратегії 2014–2017 рр. Проте помітних успіхів за цим напрямом антикорупційної діяльності досягнуто не було. Не відбулося актуалізації та дослідження цієї проблеми і на доктринальному рівні. Не останню роль у цьому відіграють нерозуміння суті проблеми та недооцінка наявних і потенційних загроз від корупції в приватному секторі для сталого розвитку бізнесу та економічної безпеки держави. Нині можна констатувати лише початкову стадію наукового пізнання явища корупції в приватному секторі, однак цей напрям наукових розвідок є доволі перспективним і соціально затребуваним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Опитування підприємств приватного сектору, проведене в межах спільного проекту Європейського банку реконструкції і розвитку (далі – ЄБРР), Європейського інвестиційного банку (далі – ЄІБ) і Групи Всесвітнього банку (далі – WBG) в Україні у 2019 р., засвідчило, що 74 % керівників і менеджерів підприємств вважають корупцію найбільшою перешкодою для ділової активності; 37,4 % фірм стикались з вимаганням неправомірної вигоди, що більш як вдвічі перевищує середній показник для усіх країн (16,4 %) і майже вчетверо перевищує показник для регіону Європи та Центральної Азії (9,9 %)¹. Всесвітнє дослідження економічних злочинів та шахрайства – 2020, проведене компанією PwC, продемонструвало, що 47 % українських компаній постраждали від незаконного привласнення майна, хабарництва і корупції за останні 24 місяці².

Між тим, подоланню корупції у приватному секторі не приділяється належна увага з боку держави, бізнесу і громадянського суспільства.

В Україні до питання запобігання корупції в приватному секторі більшою чи меншою мірою зверталися О. Бойко, С. Лукін, О. Окунев³, О. Бусол⁴, О. Дудоров, В. Навроцький, М. Хавронюк⁵, О. Новіков⁶, В. Оболенцев⁷, Ю. Луценко⁸, В. Трепак⁹ та ін. Їхнім доробком стали практичні рекомендації із впровадження системи антикорупційного комплаєнсу в господарську діяльність юридичних осіб, сформульовані засадничі положення щодо кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення, а також запропоновані заходи протидії корупції у сфері господарювання. При цьому соціально-правова природа корупції в приватному секторі, її форми і види залишаються не дослідженими.

© Б.М. Головкін, 2020

* *Bohdan Holovkin, Dr. hab. in Law, Professor, Head of Department of Yaroslav Mudryi National Law University*

Метою статті є розроблення поняття корупції в приватному секторі та аналіз її структурних компонентів*.

Виклад основного матеріалу. Вважається, що державний і комунальний сектори відіграють вагомую роль в економіці України і формуванні внутрішнього валового продукту (далі – ВВП). Відтак, за старою традицією діяльність антикорупційних і правоохоронних органів спрямовується на виявлення, запобігання, розслідування, припинення корупційних злочинів, пов'язаних з корпоративним управлінням і господарською діяльністю державних та комунальних підприємств. Такі уявлення не зовсім відповідають дійсності. Після проведення масштабної приватизації та продажу лівової частки об'єктів державної і комунальної форми власності приватний сектор економіки став превалюючим, відіграє провідну роль у створенні доданої вартості. За даними Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України частка державного сектору у складі економіки за I півріччя 2020 р. дорівнювала 11,5 %, а питома вага суб'єктів господарювання державного сектору економіки становить лише 4,2 %¹⁰. Разом із тим доволі складно здійснити точний розрахунок питомої ваги приватного сектору економіки. Експертних оцінок з цього питання вкрай мало, інформації з відкритих джерел відверто бракує, а тому зробити однозначний висновок доволі складно. Однак загальне уявлення про структурне співвідношення суб'єктів господарювання публічного і приватного права можна одержати за даними Держкомстату України щодо кількості юридичних осіб приватного права і фізичних осіб-підприємців. Так, станом на 1 грудня 2020 р. в Україні зареєстровано усього 1 390 292 юридичні особи, із них фермерських господарств – 47 735 (3,4 %), приватних підприємств – 200 127 (14,4 %), акціонерних товариств – 13 752 (0,9 %), товариств з обмеженою відповідальністю – 704 389 (50,7 %), кооперативів (державної і приватної форми власності) – 28 550 (2 %), приватних організацій (установ, закладів) – 1326 (0,1 %), товарних бірж – 622 (0,04 %), кредитних спілок – 1054 (0,07 %), споживчих товариств – 4382 (0,3 %), решта – юридичні особи державної, комунальної та змішаної форм власності¹¹. З наведеного випливає, що частка юридичних осіб приватного права становить понад 70 %.

Найявний структурний дисбаланс в економіці виник внаслідок багаторічної великої і малої приватизації державних підприємств. А як відомо із світової практики, масштабна приватизація об'єктів державного сектору економіки створює сприятливі умови для корупції. Існує й інша закономірність, згідно з якою зменшення частки державного сектору економіки супроводжується зосередженням матеріальних активів і фінансових ресурсів у приватному секторі економіки, що суттєво підвищує його вразливість перед корупцією.

Корупція у приватному секторі створює умови для монополізації ринків, накопичення і обігу тінювих активів, що легалізуються через капіталовкладення в легальну економіку або використовуються у злочинних цілях. Іноді корупційні практики використовуються для забезпечення від протидії законній господарській діяльності з боку організованих злочинних угруповань, конкурентів, корумпованих представників контролюючих і правоохоронних органів, суддів. Корупційні правопорушення можуть вчинятися під час законної підприємницької діяльності, при здійсненні тінювої комерційної діяльності або використовуватися для прикриття забороненого бізнесу (рейдерство, наркобізнес, торгівля зброєю, торгівля людьми, проституція).

На наш погляд, **корупція в приватному секторі** – це підкуп у комерційних інтересах посадових осіб і працівників суб'єктів господарювання приватного сектору, а так само підкуп держаних службовців чи осіб, які надають публічні послуги, або зловживання повноваженнями службовими особами юридичної особи приватного права та особами, які надають публічні послуги з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи третіх осіб.

Досліджуваний тип корупції є протизаконним засобом одержання економічної вигоди, здобуття суб'єктами господарювання неправомірної переваги у конкуренції. Неправомірна вигода при здійсненні господарської діяльності носить економічний характер. Зміст і предмет неправомірної вигоди залишаються незмінними – це обіцянка, пропозиція, надання або одержання без законних на те підстав грошових коштів або іншого майна, переваг, пільг, послуг, нематеріальних активів, будь-яких інших вигод нематеріального чи не грошового характеру (ч. 1 ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»)¹². Однак треба враховувати, що господарська (підприємницька) діяльність здійснюється у сфері виробництва, обміну, розподілу і споживання матеріальних благ та ділових відносин між суб'єктами господарювання, тобто має економічний зміст. Призначенням, кінцевою метою і сутністю такої діяльності є одержання економічної вигоди. У зв'язку з цим корупційні практики у сфері комерційної господарської діяльності спрямовані на одержання економічної вигоди, що є різновидом неправомірної вигоди у традиційному розумінні.

За спрямованістю господарська діяльність може бути комерційною (прибутковою) або некомерційною (неприбутковою). Корупція у приватному секторі економіки пов'язана з комерційною діяльністю суб'єктів господарювання. Виходячи з економічного змісту господарської (підприємницької) діяльності, в її основі лежать комерційний інтерес, економічні мотиви, комерційний ризик, ділова мета, а сама вона здійснюється у формі господарських операцій, спрямованих на одержання економічної вигоди. Оскільки за правовою природою підприємницька діяльність має ризикований характер, то вона не завжди приводить до одержання прибутків, може обернутися збитками в результаті її здійснення. Прибуткові й збиткові ділові операції знаходяться в діалектичній єдності і становлять цілісність підприємницької діяльності. Однак, у будь-якому разі, підприємницька діяльність повинна бути економічно обґрунтованою, мати розумні економічні причини для її здійснення, а суб'єкти підприємництва керуються прагненням одержати економічний ефект у резуль-

* Стаття написана на виконання фундаментальної теми дослідження «Криминологічні проблеми запобігання корупції у приватній сфері», номер державної реєстрації 0117U000280.

таті господарської діяльності. За загальним правилом, економічна вигода полягає у збільшенні прибутковості бізнесу (зростанні власного капіталу), підвищенні рентабельності використання активів, покращенні економічних і фінансових результатів підприємницької діяльності. Зазвичай, такий результат досягається шляхом збільшення доходів або зменшення зобов'язань (витрат). Водночас економічна вигода може полягати у мінімізації збитків (зменшенні обсягів шкоди) від операцій, що призвели до негативних економічних (фінансових) результатів, потягли зменшення активів або збільшення зобов'язань. У зв'язку з цим часткове збереження активів, уникнення повної втрати капіталу, мінімізація негативних наслідків підприємницької діяльності є економічно обґрунтованим і доцільним з точки зору збереження бізнесу та його розвитку в майбутньому. Поєднання в економічній вигоді двох складових: збільшення прибутків і мінімізації збитків відповідає економічній сутності, змісту, спрямованості і меті підприємницької діяльності, що завжди має ризикований характер.

Корупція у приватному секторі економіки належить до типу так званої ділової корупції. Її зміст становить порушення у комерційних інтересах правових основ підприємництва, основоположних засад ринкової економіки, створення умов для максимізації прибутку, мінімізація збитків або уникнення юридичної відповідальності за незаконне підприємництво. Сутність цього явища полягає у зловживанні правами і порушенні обов'язків особами, наділеними господарською компетенцією, спеціально уповноваженими особами чи особами, які діють на користь юридичних осіб приватного права. В основі корупційної діяльності у цій сфері лежить комерційний інтерес, а саме: одержати економічну вигоду і здобути незаконну конкурентну перевагу. Комерційний інтерес притаманний як окремим господарським операціям (угодам, контрактам), так і усьому ланцюгу постачання товарів та послуг від виробників до споживачів, а також лежить в основі глобальних ланцюжків створення доданої вартості у світовій торгівлі. Комерційний інтерес втілюється в економічну мету, пов'язану з одержанням прибутку чи здобуттям незаконної конкурентної переваги. При цьому комерційні інтереси і цілі корупційної діяльності бувають різними: від стратегічних до тактичних. Стратегічна мета корупційної діяльності в приватному секторі полягає у встановленні контролю за розподілом, перерозподілом матеріальних ресурсів, в управлінні фінансовими потоками, здійсненні впливу на економічну політику держави та бізнес-середовище. Тактична мета корупційної діяльності в основному зводиться до здобуття конкурентної переваги шляхом підкупу адміністрації і персоналу конкурентів, ділових партнерів, державних службовців для вирішення поточних проблем з ведення бізнесу і досягнення проміжних цілей підприємницької діяльності.

Серед особливостей корупції у приватному секторі треба *вказати сферу злочинної діяльності і суспільні відносини, що піддаються негативному впливу, форми корупції і цілі корупційної діяльності (поведінки), суб'єктів корупційних діянь, види корупційних злочинів.*

Досліджуваний тип корупції та її прояви мають місце у сфері комерційної господарської діяльності. Це означає пов'язаність корупції з економічними, комерційними і фінансовими відносинами, що виникають між учасниками такої діяльності на основі права приватної власності або на договірних засадах.

У цілому для приватного сектору економіки характерні такі ознаки: 1) комерційний зміст і спрямованість підприємницької діяльності, що здійснюється з метою одержання прибутку на систематичній основі, на власний комерційний ризик, базується на засадах вільної конкуренції; 2) приватна власність на засоби виробництва і продукти праці, ринковий механізм регулювання ділової активності, обмеженість бюджетних інвестицій і державних дотацій; 3) суб'єктами господарської діяльності виступають юридичні особи приватного права та їх об'єднання, що створюються за ініціативою засновників (учасників) на добровільних засадах на підставі установчих документів; 4) майно, що використовується суб'єктами господарювання одноосібно або спільно для здійснення підприємницької діяльності належить їм на праві приватної власності, або інших речових прав; 5) управління господарською діяльністю, у т.ч. розпорядження майном, використання прибутку від підприємницької діяльності здійснюється власником /співвласником майна особисто або через уповноважені ними органи; управління господарською діяльністю об'єднання юридичних осіб приватного права – через вищі органи управління; управління підприємницькою діяльністю господарських товариств здійснюється за участю власників корпоративних прав; 6) суб'єкти підприємницької діяльності несуть самостійну відповідальність за своїми зобов'язаннями усім належним їм майном, при цьому держава не відповідає за наслідки підприємницької діяльності приватного бізнесу.

Корупційні правопорушення в приватному секторі вчиняються під час виробничих, управлінських, бізнесових (ділових), представницьких чи посередницьких відносин, що виникають у межах господарської діяльності і зумовлюються одержанням економічної вигоди.

Корупція в приватному секторі економіки може проявлятися у двох формах: 1) *підкуп у комерційних інтересах посадових осіб та працівників суб'єктів господарювання приватного сектору, а так само державних службовців чи осіб, що надають публічні послуги;* 2) *зловживання повноваженнями службовими особами юридичної особи приватного права та особами, які надають публічні послуги з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи третіх осіб.*

Для комерційного підкупу (підкупу в комерційних інтересах) властиві такі істотні ознаки: а) комерційний інтерес і економічна мета (одержання економічної вигоди або здобуття неправомірної переваги у конкуренції); б) різні суб'єкти «активних» і «пасивних» дій, пов'язаних із підкупом; в) неправомірна вигода як засіб досягнення мети; г) спрямованість підкупу на схилення особи до певних дій або бездіяльності, пов'язаних з використанням наданих повноважень в чужих комерційних інтересах; г) умисні злочинні дії у вигляді

надання/одержання неправомірної вигоди в обмін на завчасно обумовлені дії чи бездіяльність; д) різноманітні способи вчинення підкупу у комерційних цілях.

Комерційний підкуп має форму неофіційної ділової угоди, зміст якої становлять взаємні зобов'язання сторін, визначення виду, розміру неправомірної вигоди і конкретних умов її надання/одержання. Предметом підкупу є неправомірна вигода. Суб'єкти комерційного підкупу діляться на два види: активні (надавачі неправомірної вигоди) і пасивні (одержувачі неправомірної вигоди). Призначенням комерційного підкупу є законне або незаконне сприяння підприємницькій діяльності або створення умов чи приховування злочинної діяльності суб'єктів підприємницької діяльності. Цілями комерційного підкупу виступають комерційна чи банківська таємниця, інсайдерська інформація, розпорядчі акти, документи, рішення, послуги, владний вплив та ін. Комерційний підкуп вчиняється в межах двох типів відносин: бізнес-бізнес і бізнес-влада.

Зазвичай комерційний підкуп здійснюють конкуренти по бізнесу та їх довірені особи. Іноді це роблять бізнес-партнери. У відносинах бізнес-бізнес неправомірну вигоду одержують керівники і посадові особи, працівники та спеціально уповноважені особи підприємств, установ, організацій приватного сектору за дії або бездіяльність в комерційних інтересах надавачів вигоди або кінцевих бенефіціарів. Особливістю цього виду комерційного підкупу є те, що особи, які приймають неправомірну вигоду, взамін вчиняють чи не вчиняють певні дії з використанням наданих повноважень не на користь роботодавців, а в чужих комерційних інтересах.

У відносинах між об'єднаннями юридичних осіб, комерційний підкуп стосовно власників/співвласників майна, учасників господарських товариств здійснюється в цілях здійснення вирішального впливу на управління корпоративними правами, розпорядження акціями в інтересах надавачів неправомірної вигоди чи третіх осіб. Підкуп у межах корпоративних відносин спрямовується на задоволення колективних бізнес-інтересів, здобуття неправомірної конкурентної переваги на ринку товарів і послуг. Йдеться про створення умов для узгоджених дій (змови) суб'єктів господарювання щодо встановлення та утримання цін на придбання і реалізацію товарів, обмеження/припинення виробництва, постачання сировини, нав'язування додаткових зобов'язань за договорами, усунення з ринку або обмеження доступу на ринок.

Комерційний підкуп може здійснюватися простим і завуальованим способом. Простий передбачає безпосереднє чи через посередників вручення неправомірної вигоди адресату або третій особі¹³. Способами надання завуальованого підкупу можуть бути переказ коштів на рахунки наперед визначених благодійних фондів, нееквівалентна оплата послуг, надання знижок, фінансування різних неформальних заходів, закордонних відряджень, розрахунки за товари і послуги у криптовалюти тощо.

Підкуп осіб, які надають публічні послуги і не є державними службовцями відрізняється за колом суб'єктів, що одержують неправомірну вигоду та характером дій/бездіяльності в межах професійної компетенції. Тут суб'єктами, що підкуповуються, є нотаріуси, арбітражні керуючі, експерти, оцінювачі, аудитори, приватні виконавці та інші особи, які уповноважені державою надавати публічні послуги. Характер корупційної поведінки зумовлюється професійною компетенцією таких осіб (ухвалення рішень, складання документів, винесення розпорядчих актів та ін.). Взаємін на обіцянку, пропозицію, надання, прохання неправомірної вигоди зазначені особи можуть засвідчити господарські договори з ознаками фіктивності, зняти заборону розпоряджатися/користуватися нерухомим майном за договором іпотеки, пришвидшити оформлення та видачу правостановлюючих та інших документів державного зразка, ненадовго зняти арешт з майна боржника тощо. Внаслідок корупційних дій надавачі неправомірної вигоди і пов'язані з ними особи задовольняють власні комерційні інтереси і досягають економічну мету.

Підкуп в комерційних інтересах суб'єктів підприємницької діяльності вчиняється в межах відносин бізнес-влада. Не секрет, що для організації і провадження бізнесу, що приносить стабільні доходи, певною частиною підприємців вибудовуються корупційні відносини зі службовими особами органів державної влади, місцевого самоврядування, контролюючих органів. У нинішніх реаліях успішним став бізнес з привілейованим становищем, що розвивається під патронатом або за участю державних чиновників та їх родичів, політичних діячів, керівників контролюючих органів і органів правопорядку. Власники такого бізнесу мають доступ до засвоєння публічних фінансів, практикують мінімізацію податків, одержують необґрунтовані преференції, виготовляють і реалізують продукцію з порушенням нормативно визначеного порядку і за все це сплачують корупційну ренту органам, покликаним забезпечувати господарський правопорядок і боротися зі злочинністю. Чиновники через бюрократичні бар'єри, формальні процедури, державний примус можуть заблокувати самий успішний бізнес-проект, зробити вибір на користь конкурентів, влаштувати безкінечні перевірки, не продовжити ліцензії та ін.

Насправді у сфері підприємництва порівняно частіше підкуповуються державні службовці, депутати різних рівнів, ніж конкуренти по бізнесу. При цьому стороною, що надає неправомірну вигоду державним службовцям, може бути будь-яка особа, яка діє на користь суб'єктів підприємницької діяльності. Щоправда, у кримінальному законі указаний вид підкупу позначається як обіцянка, пропозиція або надання неправомірної вигоди службовій особі за вчинення або не вчинення будь-якої дії з використанням службового становища в інтересах надавача такої вигоди або третіх осіб. Розглядувані види корупційної поведінки схожі за внутрішнім змістом, формою виразу і юридичною природою. На наш погляд, коли неправомірна вигода надається державним службовцям в комерційних інтересах суб'єктів підприємницької діяльності, то вказаний вид корупційної поведінки охоплюється поняттям «підкуп». У результаті підкупу у комерційних цілях сторона, що купує владний вплив, безпідставно одержує блага у вигляді лояльності і преференцій, потрібних управ-

лінських рішень, регуляторних актів центральних органів державної влади і органів місцевого самоврядування, документів єдиного державного зразка, а також корупційне прикриття «сірої», «тіньової» чи відверто кримінальної підприємницької діяльності. Спрямовується такий підкуп на одержання незаконного доступу до ресурсів, пришвидшення надання адміністративних послуг, сприяння уникненню чи скороченню обов'язкових витрат, невиконанню формальних процедур, спотворення результатів контрольно-наглядових заходів, або ж на сприяння чи приховування злочинної діяльності. Зокрема, підкуп у комерційних інтересах державних службовців, депутатів різних рівнів виступає засобом одержання доступу до публічних фінансів, наприклад, під час закупівель товарів і послуг шляхом повернення певного відсотка від загальної суми укладеного договору закупівлі («відкату») за необґрунтовану перемогу у відкритих торгах, або за одержання банківського кредиту на вигідних умовах. Підкуп службових осіб контролюючих органів здебільшого вчиняється за неперешкодження мінімізації податкових платежів, аж до ухилення від сплати податків, незаконному відшкодуванню ПДВ за експортними операціями і фіктивними господарськими договорами.

При «пасивному» підкупі бездіяльність державних службовців полягає у порушенні посадових обов'язків щодо запобігання, виявлення, документального оформлення, припинення корупційних правопорушень і притягнення винних до юридичної відповідальності. Неправомірна вигода надається за неперешкодження незаконній комерційній діяльності суб'єктів підприємницької діяльності чи приховування такої діяльності. Наприклад, невживання заходів із виявлення, запобігання і припинення порушень митних правил, правил оптової і роздрібно торгівлі товарами, правил пасажирських і вантажних перевезень, порядку виробництва і реалізації підакцизних товарів, а також щодо неправомірного використання знака для товарів і послуг та ін.

Друга форма корупції в приватному секторі охоплює зловживання повноваженнями службовими особами юридичних осіб приватного права та особами, які надають публічні послуги з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи третіх осіб. До істотних ознак розглядуваної корупційної поведінки належать: а) умисне зловживання наданими правами і порушення службових обов'язків у межах наданої компетенції або з виходом за її межі; б) суб'єкт – посадові особи юридичних осіб приватного права і підприємців, а також особи, які надають публічні послуги у цій сфері; в) мета – одержання неправомірної вигоди для себе або третіх осіб; г) діяння у формі дій або бездіяльності; ґ) спосіб злочинної поведінки – зловживання повноваженнями спеціальними суб'єктами як основне діяння, або зловживання службовим становищем як спосіб «розкрадання» майна юридичної особи приватного права через привласнення, розтрату чи заволодіння ним; д) правові наслідки: заподіяння істотної шкоди комерційним інтересам власників майна, правам та інтересам споживачів чи громадським інтересам.

Особливістю цієї форми корупції є те, що суб'єкт корупційної поведінки використовує спеціальні повноваження для безпідставного збагачення чи задоволення комерційних інтересів третіх осіб за рахунок активів, які належать суб'єктам господарювання у приватному секторі економіки (майно, грошові кошти, валютні цінності, об'єкти права інтелектуальної власності). Внаслідок корупційних дій заподіюється істотна шкода комерційним інтересам власників/співвласників майна. У спеціальній літературі наголошується, що зміст зловживання повноваженнями становлять незаконні дії, вчинені службовими особами як в межах їхньої компетенції, так із виходом за них (з перевищенням). Головне, щоб службові повноваження (службове становище) використовувалися усупереч інтересам юридичної особи приватного права, заподіювали шкоду власникам майна і при цьому приносили вигоду винній особі або іншим особам за його вибором. Коло службових повноважень, пов'язаних із займаною посадою в юридичних особах приватного права визначається законом, установчими документами, положеннями, наказами засновників та іншими локальними актами¹⁴.

Зловживання повноваженнями службовими особами юридичних осіб приватного права може проявлятися в активних діях, що суперечать комерційним інтересам роботодавців, а саме: економічно необґрунтований вибір контрагентів, створення особливих умов для господарської діяльності окремим клієнтам; здійснення фінансово-господарських операцій з підвищеним ризиком; безпідставне списання з балансу підприємства майна; дострокове розірвання господарських договорів з надійними партнерами з метою укладення нових договорів з афілійованими підприємствами і фірмами з сумнівною репутацією; використання не за призначенням кредитних коштів та інвестицій; приховане започаткування власного бізнесу за рахунок незаконного використання матеріальних, фінансових ресурсів, клієнтської бази компанії роботодавця; здійснення авансових платежів по фіктивним операціям; необґрунтована оплата неіснуючих представницьких витрат; неправомірне відчуження майна компанії та ін. Бездіяльність при зловживанні службовими повноваженнями проявляється у невиконанні посадових обов'язків щодо вживання заходів із погашення або зменшення дебіторської заборгованості за продукцію, товари, роботи, послуги в судовому порядку, або заборгованості з податків, зборів, платежів до бюджету; невиконанні умов господарських договорів (контрактів); невиконанні зобов'язань по сплаті кредитів тощо.

Зловживання службовим становищем особами, які надають публічні послуги у сфері здійснення підприємницької діяльності, серед іншого пов'язані з перереєстрацією прав на нерухомість на користь інших осіб, заниженням арбітражними керуючими ціни продажу майна на аукціоні, спотворенням результатів аудиторської перевірки, затягуванням виконання рішень у примусовому порядку (виконавчих листів та наказів, що видаються судами, виконавчих написів нотаріусів та ін.).

Ще одним видом корупційної поведінки у приватному секторі, поєднаної із службовими зловживаннями, є так зване «розкрадання» майна шляхом привласнення, розтрати або заволодіння ним. В.О. Навроцький

ззначає, що при «розкраданнях» майна, поєданого із зловживанням службовим становищем, переважно відбувається вилучення майна із володіння власника чи уповноваженої ним особи та звернення його на власну користь чи користь інших осіб. У ситуаціях привласнення майна суб'єктів підприємницької діяльності, поєданого із зловживанням службовим становищем, має місце звернення на свою користь чи користь інших осіб майна, яке перебуває у правомірному володінні винного, будучи ввіреном йому чи переданим у його віддання, але без його вилучення із володіння власника чи уповноваженої ним особи¹⁵. У ситуаціях розтрати майна вказаних суб'єктів, поєданої з використанням службового становища, відбувається розпорядження майном, що споживається і припиняє існувати у початковому натурально-речовому вигляді. А при заволодінні майном відбувається його вилучення і обернення на користь винного чи інших осіб¹⁶.

«Розкрадання» майна юридичних осіб приватного права, поєдане із зловживанням службовим становищем, здійснюється найрізноманітнішими способами: не оприбуткування готівкових коштів, оплата товарів, робіт, послуг по завищеним цінам задля привласнення різниці у ціні, переказ коштів на рахунки фіктивних фірм на виконання неіснуючих договірних зобов'язань, безоплатна передача майна в користування, заволодіння не облікованими товарно-матеріальними цінностями, нарахування заробітної плати, премій, разових виплат на підставі підроблених документів та ін.

Суб'єктів корупційної діяльності (поведінки) в приватному секторі можна поділити на декілька категорій: 1) службові та спеціально уповноважені особи підприємств, установ, організацій юридичних осіб приватного права; 2) працівники підприємств, установ, організацій приватного сектору, які не є службовими особами; особи, які працюють на користь таких підприємств, установ, організацій; інші особи, які виконують роботу або надають послуги відповідно до договору з підприємством, установою, організацією в приватному секторі; 3) особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги.

Загальною ознакою вказаних суб'єктів корупційної поведінки є сфера вчинення злочинів, а саме господарська (підприємницька) діяльність у приватному секторі економіки. До істотних ознак таких суб'єктів належать статус (займана посада, функціональні обов'язки), спеціальні повноваження, місце роботи або сфера діяльності, зв'язок між наданими повноваженнями і корупційною поведінкою.

Під першу категорію суб'єктів підпадають особи, які постійно або тимчасово обіймають посади, пов'язані із виконанням організаційно-розпорядчих і адміністративно-господарських обов'язків на підприємствах, в установах, організаціях юридичних осіб приватного права незалежно від організаційно-правової форми, а також особи, спеціально уповноважені на виконання таких обов'язків у вказаних юридичних особах. Останніх спеціальними повноваженнями може наділити повноважний орган чи повноважна особа підприємства, установи, організації, суд або закон¹⁷. Визначальним при цьому є обсяг обов'язків працівника, що встановлюється локальними нормативно-правовими актами (наказами, розпорядженнями, рішенням органу управління), або засновницькими документами (статутом (положенням) підприємства, установи, організації юридичної особи приватного права).

Із положень ч. 3 ст. 65 Господарського кодексу України слідує, що посадовими особами підприємства приватного сектору є керівник підприємства, головний бухгалтер, члени наглядової ради (у разі її утворення), члени виконавчого органу та інших органів управління підприємства відповідно до статуту. Сюди належать також інші категорії працівників, визначених статутом підприємств юридичних осіб приватного права¹⁸.

Отже, статус посадових (службових) осіб підприємств, установ, організацій юридичних осіб приватного права визначається законом або на підставі їх установчих документів (статуту або положення, засновницького договору, модельного статуту), а також наказами, розпорядженнями власників та уповноважених ними осіб.

Певні складнощі виникають з приводу розмежування юридичних осіб (їх об'єднань) публічного права і юридичних осіб приватного права різних організаційно-правових форм. У разі створення підприємств, установ, організацій на основі приватної власності – все більш-менш зрозуміло. Втім, коли юридичні особи приватного права створюються державою, органом місцевого самоврядування (за їх участю) на основі змішаної форми власності, не все так однозначно. Із Роз'яснення НАЗК щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю (зі змінами від 8 лютого 2019 р.) убачаються такі конститутивні ознаки юридичних осіб приватного права: а) створення на основі приватної власності рішенням засновника (власника) на підставі установчих документів, а у разі створення за участю держави чи органів місцевого самоврядування на основі змішаної форми власності – одночасно на підставі розпорядчого акта органу державної влади (місцевого самоврядування) і установчих документів; б) метою і основним видом діяльності є підприємництво та одержання прибутків, а не здійснення публічних чи соціальних функцій; в) закріпленість майна на самостійному речовому праві; г) покладення юридичної відповідальності за результати діяльності на юридичних осіб приватного права, а не на державу¹⁹.

Друга категорія осіб включає працівників підприємств, установ, організацій юридичної особи приватного сектору, які не є службовими особами; осіб, які працюють на користь таких підприємств, установ, організацій; інших осіб, які виконують роботу або надають послуги відповідно до договору з підприємством, установою, організацією в приватному секторі. Усі зазначені суб'єкти не є посадовими особами. Зазвичай це рядові працівники або вільнонайманий персонал, що працюють на підприємствах, в установах, організаціях на умовах трудового або цивільно-правового договору.

До осіб, які працюють на користь підприємств, установ, організацій приватної форми власності належать посередники (комерційні агенти, брокери, ріелтори), що на оплатній основі надають професійні послуги суб'єктам господарювання у веденні бізнесу і виступають від імені та в інтересах суб'єкта, якого вони представляють. Повноваження таких осіб визначаються договором про посередницькі послуги. Це можуть бути обов'язки щодо пошуку контрагентів і клієнтів, їх перевірки, підготовки та оформлення документів, організації зустрічей і ведення ділових переговорів, сприяння укладанню господарської угоди, підписанню контрактів між заінтересованими сторонами, проведенню рекламної компанії, забезпеченню своєчасного і в повному обсязі виконання договірних зобов'язань та ін.

До інших осіб, які виконують роботу або надають послуги відповідно до договору з підприємством, установою, організацією в приватному секторі належать особи, які за винагороду в межах договорів підряду (субпідряду), оренди чи інших цивільно-правових договорів провадять комерційну господарську діяльність від імені і в інтересах юридичних осіб приватного права. Йдеться про фізичних осіб-підприємців та інших осіб. Права і обов'язки таких суб'єктів визначаються цивільно-правовими договорами.

Третю категорію суб'єктів корупційної поведінки в приватному секторі становлять особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, приватні виконавці, оцінювачі, а також експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді під час виконання ними цих функцій, інші особи, визначені законом). Такі суб'єкти не є службовими особами, здійснюють свою діяльність професійно – на підставі відповідного закону, доручення компетентного органу, надають послуги, що мають публічний характер, за якими може звернутися будь-яка особа і при цьому забороняється відмова в їх наданні²⁰.

У приватному секторі економіки можуть вчинятися такі види корупційних злочинів: підкуп службової особи юридичної особи приватного права (ст. 368-3 КК); підкуп працівника підприємства, установи чи організації (ст. 354 КК) за умови, якщо ці підприємства, установи, організації належать до юридичних осіб приватного права; підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК) за умови, якщо публічні послуги пов'язані з господарською діяльністю юридичних осіб приватного права; зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права (ст. 364-1 КК); зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365-2 КК) за умови, що такі послуги пов'язані із здійсненням господарської діяльності; пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі (ст. 369 КК), якщо це пов'язано із господарською діяльністю юридичних осіб приватного права; привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191 КК) у частині майна підприємств, установ, організацій юридичних осіб приватного права.

Висновки. Корупція у сфері комерційної господарської діяльності використовується як інструмент одержання доступу до матеріальних ресурсів, підвищення прибутковості бізнесу та здобуття неправомірних економічних переваг. Через організовану корупційну діяльність здійснюється контроль ринку товарів і послуг, управління тіншовими фінансовими потоками, перерозподіл активів та доходів великого, малого і середнього бізнесу, вплив на економічну політику держави. У країні, де тіншовий сектор економіки становить 40–50 % ВВП, корупційні практики стали неформальним видом ділової активності у відносинах з бізнес-партнерами і чиновниками. Корупція в приватному секторі належить до основних перешкод сталому розвитку, економічному зростанню і становить загрозу національній безпеці.

¹ Enterprise Surveys. Ukraine 2019. Country Profile / International Bank for Reconstruction and Development; The World Bank Group URL: <https://www.enterprisesurveys.org/en/data/exploreeconomies/2019/ukraine>

² Всесвітнє дослідження економічних злочинів та шахрайства 2020: результати опитування українських організацій URL: <https://www.pwc.com/ua/uk/survey/2020/economic-crime-survey.html>

³ Окунеев О., Бойко С., Лукін С. Антикоруційний комплаєнс: посібник для програми з підготовки осіб, відповідальних за реалізацію антикорупційної програми. Київ: ПАКУ, 2018. 91 с.

⁴ Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у сучасний період : монографія. Київ: Ін Юре, 2014. 564 с.

⁵ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. 522 с.

⁶ Новіков О.В., Симкіна А.С. Комплаєнс підхід до запобігання корупції в приватному секторі. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2017. Вип. 34. С. 6–75.

⁷ Оболенцев В.Ф. Системний підхід в антикорупційному комплаєнсі. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 134. С. 112–118.

⁸ Луценко Ю.В. Участь спеціальних служб іноземних держав у протидії організованій злочинності та корупції на прикладі Італійської Республіки. *Наше право*. 2017. № 4С. 110–116. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nashp_2017_4_19.

⁹ Трепак В.М. Протидія корупції в Україні: теоретико-прикладні проблеми: монографія. Львів: Вид-во ЛНУ імені Івана Франка, 2020. 444 с.

¹⁰ Питома вага державного сектору в економіці. URL: <https://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&id=3f9cbf0b-24bf-48f8-8360-04d559e41d60&tag=UpravlinniaDerzhavnimSektoromEkonomiki1s>

¹¹ Кількість юридичних осіб за організаційно-правовими формами господарювання: Державна служба статистики України: URL: <https://www.ukrstat.gov.ua>

¹² Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>

¹³ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 119.

¹⁴ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 213–215.

¹⁵ Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Москаленко О.М., 2019. С. 23–24.

¹⁶ Там само. С. 23–25.

¹⁷ Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / Банчук О.А., Дудоров О.О., Луцик В.В. та ін. ; наук. ред. Хавронюк М.І. Київ: Ваіте, 2018. С. 103.

¹⁸ Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15>

¹⁹ Зміни до Роз'яснення Національного агентства з питань запобігання корупції щодо застосування окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» стосовно заходів фінансового контролю (рішення від 8 лютого 2020 р. № 368). URL: <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2019/04/2-1.pdf>

²⁰ Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2017. С. 219.

Резюме

Головкін Б.М. Про корупцію в приватному секторі.

Досліджено соціально-правову природу ділової корупції, сформульовано поняття «корупція в приватному секторі», розкрито її зміст та ознаки, охарактеризовано сферу злочинної діяльності, форми корупції і цілі корупційної поведінки, суб'єктів корупційних діянь, визначено коло корупційних злочинів.

Ключові слова: корупція, приватний сектор економіки, комерційна господарська діяльність, комерційний підкуп, зловживання службовими повноваженнями, посадові особи, економічна вигода, неправомірні переваги у конкуренції.

Резюме

Головкін Б.Н. О коррупции в частном секторе.

Исследована социально-правовая природа деловой коррупции, сформулировано понятие «коррупция в частном секторе», раскрыто ее содержание и признаки, охарактеризованы сфера преступной деятельности, формы коррупции и цели коррупционного поведения, субъекты коррупционного поведения, определен круг коррупционных преступлений.

Ключевые слова: коррупция, частный сектор экономики, коммерческая хозяйственная деятельность, коммерческий подкуп, злоупотребление служебными полномочиями, экономическая выгода, неправомерные преимущества в конкуренции.

Summary

Bohdan Holovkin. About corruption in the private sector.

The article considers the problem of corruption in the private sector of Ukraine's economy. According to the World Research of Economic Crimes and Fraud 2020, 47 % of Ukrainian companies have suffered from illegal misappropriation, bribery and corruption in the last 24 months. Despite the serious damage from corruption to business and the national economy, this problem remains poorly understood in Ukraine.

Corruption in the private sector exists in two forms: 1) bribery in the commercial interests of officials and employees of private sector entities, as well as civil servants or persons providing public services; 2) abuse of power by officials of a legal entity of private law and persons who provide public services in order to obtain illicit benefit for themselves or third parties.

For commercial bribery (bribery in commercial interests) are characterized by the following features: a) commercial interest and economic purpose; b) various subjects of "active" and "passive" actions related to bribery; c) illicit benefit as a means to an end; d) the purpose of bribery to incline a person to certain actions or omissions related to the use of the powers granted in the interests of others; e) intentional criminal acts in the form of providing / receiving illicit benefits in exchange for pre-determined actions or omissions; f) various ways of committing bribery for commercial purposes.

Commercial bribery takes the form of an informal business agreement, the content of which is the mutual obligations of the parties, determining the type, amount of illicit gain and the specific conditions of its provision / receipt. The subject of bribery is an illicit benefit. Subjects of commercial bribery are divided into two types: active (providers of illicit benefits) and passive (recipients of illicit benefits). The appointment of commercial bribery is the legal or illegal promotion of entrepreneurial activity, or the creation of conditions or concealment of criminal activity of businessmen. The purposes of commercial bribery are commercial or banking secrecy, insider information, documents, decisions, services, power influence. Commercial bribery is committed within two types of relationships: business-business and business-power.

Abuse of power by leaders and managers of private firms is carried out for the purpose of theft or misappropriation of company property, or seizure of assets.

Corruption in business is used as a tool to gain access to material resources, increase business profitability and gain illegal economic benefits. Through organized corruption, the control of the market of goods and services, management of shadow financial flows, redistribution of assets and revenues of large, small and medium-sized businesses, the impact on economic policy of state. Corruption in the private sector is one of the main obstacles to sustainable development and economic growth and poses a threat to Ukraine's national security.

Key words: corruption, private sector of economy, commercial economic activity, commercial bribery, abuse of office, officials, economic benefit, illegal advantages in competition.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.63

УДК 351.862.4:338.49

П.П. ПІДЮКОВ, О.В. КАЛИНОВСЬКИЙ

*Петро Павлович Підюков, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, провідний науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0003-2025-668X

*Олександр Валерійович Калиновський, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник начальника відділу Національної академії внутрішніх справ***

ORCID: 0000-0003-3874-4585

СИСТЕМА ДЕРЖАВНОГО ЗАХИСТУ КРИТИЧНОЇ ІНФРАСТРУКТУРИ УКРАЇНИ: ГЕНЕЗА, СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ ОПТИМІЗУВАННЯ В УМОВАХ ПОДАЛЬШОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ КРАЇНИ

На всіх історичних етапах становлення та розвитку певної країни чи світової спільноти загалом завжди поставали виклики й потенційні загрози для об'єктів, які мали важливе значення для їхнього сталого функціонування та неухильного прогресу.

У процесі зародження різних держав світу однією з визначальних загроз для їхнього соціального поступу вважали вторгнення іноземних військ, тобто безпосередню військову загрозу. В умовах такої загрози першочерговим прагненням будь-якого потенційного ворога-інтервента було знищення найвразливіших об'єктів, що забезпечували життєдіяльність країни чи окремих її регіонів – жертв військової загрози або збройного нападу агресора.

Ще на початку VII ст. до н.е. один із найвідоміших давньокитайських філософів Сунь Цзи у славнозвісному трактаті «Мистецтво війни» визначив п'ять найвагоміших в означеному контексті об'єктів, які мають ризик бути знищеними ворогом, – це людські ресурси потенційного супротивника, його запаси, обози, склади й загони¹.

До важливих об'єктів на той час належали також транспортна мережа й водопроводи, які були життєво необхідними для населення країни – об'єкта збройного нападу. Тому основне завдання полягало в тому, щоб надійно захистити саме ці критичні об'єкти від руйнування чи знищення. Згодом, у процесі історичного розвитку й еволюції людства, знищення чи захист інфраструктури таких критичних об'єктів стало основою військового мистецтва та діяльності спецслужб і силових правоохоронних відомств усіх країн.

Поняття «критична інфраструктура» також формувалося з давніх часів. Чи не першим застосував термін «інфраструктура» Сократ (V ст. до н.е.). «Для того, щоб людина існувала, – стверджував давньогрецький філософ, – їй потрібні тили, які надає суспільство: безпека, соціальний порядок і господарські товари. Однак це вона може отримати в тому випадку, якщо буде поважати концепт суспільства та власні обов'язки. Основними із цих обов'язків є забезпечення *інфраструктури* (курсив наш. – авт.) та послуг, наданих суспільством»².

Зазначене поняття застосовували й у Франції («*infrastructure*»). Утім спершу у військовій, а згодом – і в інших сферах поняттям «інфраструктура» позначали «те, що знаходиться під забудовами». Його використовували, зокрема, у сфері будівництва залізничних доріг, мостів і тунелів не тільки у Франції та Англії, а й у США. Саме на американському континенті воно стало поширеним, і невдовзі його активно стали використовувати в усьому світі.

З плином часу зміст і значення понять «інфраструктура» та «критична інфраструктура», як і перелік об'єктів, які вони охоплювали, неухильно трансформувалися відповідно до змін потенційних загроз та військових конфліктів, форм ведення військових дій і діяльності спецслужб. Відмітною рисою XXI ст. стали так звані гібридні (неоголошені) війни³.

Знаний у Європі військовий консультант й аналітик Ф. Хофман небезпідставно вважає, що в таких війнах агресор використовує унікальну комбінацію загроз, скерованих на тактично важливі та найвразливіші об'єкти жертви агресії, поєднуючи дозволена зброю, партизанську війну, тероризм тощо для досягнення політичної мети. «Гібридний» різновид війн, прогнозує автор, буде ставати дедалі поширенішим⁴.

© П.П. Підюков, О.В. Калиновський, 2020

* *Petro Pidyukov, Dr. hab. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Professor of the National Academy of Internal Affairs*

** *Oleksandr Kalynovskiy, Ph.D. in Law, Senior Researcher, Deputy Head of the Department of the National Academy of Internal Affairs*

На жаль, Україна знаходиться в умовах «гібридної» війни вже понад шість років. Досвід сучасних розвинених країн засвідчує, що захист критичної інфраструктури (далі – КІ) стає одним із основних напрямів їхньої державної політики у сфері забезпечення національної безпеки. І це закономірно, оскільки КІ є невід’ємною складовою національної інфраструктури будь-якої країни та відіграє надзвичайно важливу роль першооснови функціонування і розвитку держави, її економіки й суспільного життя.

Національною інфраструктурою вважають взаємопов’язану систему державного управління, об’єктів державної та недержавної інфраструктури, що є стратегічним підґрунтям успішного функціонування країни, її основних галузей, інститутів, об’єктів економіки й громадянського суспільства.

Своєю чергою критична інфраструктура – це система надзвичайно важливих матеріальних і нематеріальних об’єктів національної інфраструктури (підприємства й установи незалежно від форм власності, а також їхні власність і результати діяльності), що забезпечують стале функціонування таких її галузей, як:

- енергетика;
- ядерна і хімічна промисловість;
- транспорт і зв’язок;
- банки та фінансові установи;
- система інформаційних технологій та телекомунікацій (електронних комунікацій);
- продовольча галузь;
- система охорони здоров’я;
- галузь комунального господарства тощо.

Вони мають стратегічне значення для успішного функціонування та розвитку економіки, забезпечення безпеки держави, суспільства, виведення з ладу або руйнування чи знищення яких може негативно позначитися на національній безпеці й обороні країни, природному середовищі, призвести до значних матеріальних і фінансових збитків, непоправних людських жертв і втрат⁵.

Європейський Союз визначає критичну інфраструктуру як систему, що має вагоме значення для підтримання життєво важливих соціальних функцій. Країни – члени Євросоюзу констатували, що пошкодження критичної інфраструктури, її руйнування або порушення внаслідок стихійних лих, тероризму, злочинної діяльності чи зловмисної поведінки може негативно вплинути на безпеку ЄС і добробут громадян⁶.

Одними з перших у Європі розпочали визначати й захищати свою національну КІ Федеративна Республіка Німеччина й Велика Британія (з 1991 р. та 1999 р. відповідно), де було створено в цей час Федеральне відомство інформаційної безпеки ФРН і Координаційний центр з безпеки національної інфраструктури Великої Британії.

Федеральне відомство інформаційної безпеки ФРН невдовзі перейшло до структури МВС країни, з 1998 р. й донині воно є провідним федеральним органом з питань інформаційної безпеки у сфері захисту КІ. Відомство визначило дев’ять секторів критичної інфраструктури за такими галузями: енергетика (електрика, газ, нафта); вода (громадське та комунальне водопостачання); харчування (харчова промисловість, торгівля харчовими продуктами, забезпечення населення доброякісною їжею); інформаційні технології та комунікації; здоров’я (медичне обслуговування, лікарські засоби й вакцини, діагностика та лабораторні дослідження); фінанси і страхування (банки, біржі, страхові компанії, провайдери фінансових послуг); транспорт (авіація, морське судноплавство, внутрішнє судноплавство, залізничний транспорт, автомобільний транспорт, логістика); держава й адміністрація (уряд та адміністрація, парламент, судові органи, служби екстреної допомоги, зокрема цивільний захист); ЗМІ та культура (радіо, телебачення, друкована й електронна преса, культурна спадщина, пам’ятки архітектури). З огляду на інтенсивне використання інформаційних технологій, до КІ належить також інформаційна інфраструктура⁷.

Спершу дев’ять, а згодом – 13 національних секторів КІ визначено у Великій Британії: хімічна галузь, промисловість, оборона, цивільні ядерні комунікації, надзвичайні служби, енергетика, фінанси, продовольство, уряд, охорона здоров’я, космос, вода і транспорт⁸.

У межах національної інфраструктури Франції до КІ належать 12 секторів, а саме: громадське управління; збройні сили; судочинство; сільське господарство; електронні комунікаційні системи; аудіо- та відеоінформаційні технології; енергетика, космос і дослідницька діяльність; фінансовий сектор; вода; громадське здоров’я; транспорт і промисловість⁹.

В Іспанії КІ охоплює такі сфери: фінанси, електростанції та мережі, зв’язок, сектор охорони здоров’я, продовольство, водосховища, транспорт, аеропорти, морські й інші порти, пам’ятки національних меншин, виробництво, зберігання і транспортування небезпечних вантажів (хімічного, біологічного або ядерного матеріалу).

На відміну від інших країн, у Данії замість поняття КІ використовують словосполучення «критичні функції для суспільства». До них належать такі види діяльності, товари й послуги, що забезпечують стале функціонування суспільства й потребують підтримання та відновлення в разі аварій або катастроф. Зазначені функції зосереджено в секторах енергетики, транспорту, інформаційних технологій, телекомунікацій, хімічної промисловості тощо.

В Україні КІ та проблеми її захисту почали визначати й досліджувати з 2000 р. як суто наукові. Вивчення низки її складових присвятили свої наукові праці Д.С. Бірюков, Є.В. Брежнев, Д.Г. Бобро, О.Д. Величко, Д.В. Дубов, В.П. Горбулін, С.П. Іванюта, В.В. Зубарев, О.М. Юрченко та ін. Якісно нового рівня цей науковий напрям досяг 2015 р., коли фахівці Національного інституту стратегічних досліджень підготували й

видали «Зелену книгу з питань захисту критичної інфраструктури України». Протягом 2018–2019 рр. йому було присвячено низку комплексних наукових досліджень, зокрема в Національній академії Служби безпеки України, і фундаментальних праць фахівців Прикарпатського національного університету ім. Василя Стефаника, Національної академії внутрішніх справ, інших українських вчених-правознавців. У цих наукових виданнях дістали подальшого розвитку й удосконалення основні положення зазначеної вище Зеленої книги, на них ґрунтувалося рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 р. «Про удосконалення заходів забезпечення захисту об'єктів критичної інфраструктури», введеного в дію Указом Президента України від 16 січня 2017 р. № 8/2017. У цьому рішенні РНБО України було визначено стратегічні завдання щодо комплексного вдосконалення правової основи захисту національної КІ й системи державного управління її безпекою.

Наступним важливим етапом у подальшому розвитку аналізованої проблеми стало ухвалення Кабінетом Міністрів України Концепції створення державної системи захисту критичної інфраструктури (розпорядження КМУ від 6 грудня 2017 р. № 109-р). Головною метою Концепції було окреслено необхідність визначення основних напрямів і механізмів комплексного правового регулювання захисту КІ та створення системи державного управління у сфері її захисту, розроблення сучасних підходів до управління ризиками, оптимізоване використання наявних ресурсів, гнучкість і швидкість реагування на інциденти й казуси. Згідно із цим розпорядженням КМУ центральним органам виконавчої влади й іншим державним органам та установам було доручено розроблення і подання на розгляд Кабінету Міністрів України проекту Закону України «Про критичну інфраструктуру та її захист».

Протягом 2018 р. такий законопроект було розроблено, схвалено на засіданні Кабінету Міністрів України та внесено на розгляд Верховної Ради України, однак вона, так і не приступивши до його розгляду, повернула законопроект Кабінету Міністрів України для доопрацювання із залученням до цього ширшого кола науковців і практиків.

Знаковою, на наше переконання, у цьому форматі стала подія, що відбулася на Прикарпатті в м. Яремче 12–14 вересня 2019 р. Зокрема, за ініціативою ОБСЄ, Служби безпеки України та Прикарпатського національного університету ім. Василя Стефаника було організовано проведення Міжнародної науково-практичної конференції «Становлення та перспективи розвитку державної системи захисту критичної інфраструктури в Україні», у якій взяли участь представники органів державної влади, органів місцевого самоврядування, бізнесу, служби безпеки й оборони, учені та міжнародні експерти.

Учасники конференції всебічно обговорили й детально проаналізували проект Закону України «Про критичну інфраструктуру та її захист», обґрунтували значущість цього закону для України. Вони констатували, що «з 2016 року збільшення випадків диверсій і терористичних загроз насторожує не лише пересічних українців. Попри це, у країні досі немає ні законодавчого визначення критичної інфраструктури, ні офіційного переліку таких об'єктів. Утім їх захист таки існує. Фахівці Служби безпеки України зосередили свою роботу на визначенні внутрішніх і зовнішніх загроз на таких об'єктах, а їх перелік визначили, керуючись здоровим глуздом»¹⁰.

У виступі на конференції перший заступник начальника Головного управління контррозвідального захисту держави у сфері економічної безпеки Служби безпеки України полковник А. Балашов зауважив, що «головні й відправні точки, які ми ставимо собі в роботі, – це ті, які визначають, що станеться з об'єктом, коли він вийде з ладу, або якої шкоди він може завдати суспільству чи громаді. Попри досить складну геополітичну ситуацію, події на Сході країни та спрямування різних держав до переділу сфер впливу у світі, кожна країна має думати насамперед про те, що стосовно певних об'єктів і систем може бути здійснено зовнішнє втручання. Це може бути виведення їх з ладу, чи усунення конкуренції, чи навіть промислове шпигунство, про яке сьогодні чимало говорять. Водночас форми впливу на сталість функціонування деяких об'єктів є різними, тож з першого разу ідентифікувати якусь загрозу навіть професіоналу буває складно. Останніми роками саме на таких об'єктах співробітники СБУ спостерігають різного роду втручання. Інколи це може бути влаштування на роботу осіб, не зацікавлених у роботі підприємства, або неякісна закупівля товарів. Втручання в діяльність таких об'єктів може відбуватися і внаслідок звичайної халатності, утім не варто виключати, що ця халатність може бути підкріплена фінансовою та матеріальною вигодою»¹¹.

У виступах учасників цього знакового наукового заходу акцентовано на тому, що необхідно усвідомити й зрозуміти, які саме об'єкти слід віднести до КІ, які потрібно захищати й охороняти, забезпечувати їхню безпеку. В Україні громади органів самоврядування не готові до такого завдання. Водночас навряд чи доцільним є саме законодавче визначення їх переліку, його має формувати уряд і щороку вносити відповідні коригування.

У своїй доповіді на конференції завідувач відділу енергетичної та технічної безпеки Національного інституту стратегічних досліджень О. Суходоля зауважив: «На мій погляд, об'єкти критичної інфраструктури не варто згадувати в Законі. По-перше, їх буде надто багато. Орієнтовно – близько 700. Утім найголовніше – їх слід щороку переглядати. Тому ми пропонуємо це здійснити Кабінету Міністрів України. Необхідно врахувати кілька складових. Найперше – взаємозв'язки між різними інфраструктурними об'єктами. Наприклад, як впливає постачання електроенергії на рух залізничного транспорту. У випадку диверсії на електричну підстанцію втрачаються медичне забезпечення, світло, транспорт. Необхідно розробити методику, яка буде все це деталізувати. Перелік таких об'єктів буде збільшуватися лише тоді, коли в Україні зростатимуть обсяги ресурсів і підвищуватиметься кваліфікація»¹².

Учасники заходу також зауважували, що задля того, щоб зберегти об'єкти КІ в належному стані, в Україні слід покластися на партнерські відносини бізнесу і влади. У законопроекті визначено вимоги до власників критичних об'єктів. Крім того, запропоновано інший підхід до ролі нотаріату.

Завідувач кафедри кримінального права юридичного інституту Прикарпатського національного університету ім. Василя Стефаника, доктор юридичних наук, професор П. Фріс, виступаючи на конференції, акцентував увагу на тому, що «питання захисту критичної інфраструктури – це один з елементів кримінально-правової охорони. Адже СБУ має допомагати в розкритті, профілактиці й недопущенні таких злочинів. Проте коли злочин уже вчинено, то починає діяти кримінальний закон. Я бачу необхідність до елементів критичної інфраструктури віднести нотаріат. Здавалося б, спадок, дарування, купівля-продаж... і до чого тут критична інфраструктура? Утім нотаріат здійснює реєстрацію прав власності, а тому є безліч прикладів, коли через злочинні дії деяких реєстраторів незаконно вилучається державна власність».

У зв'язку із зазначеним П. Фріс запропонував передусім ліквідувати частину державних реєстраторів. Фахівці, які після цього продовжать свою діяльність, мають опинитися під захистом і електронним контролем. Він запевнив, що «будуть лише державні нотаріуси, і для того вводять верифікацію. Тобто нотаріус реєструє дію, але перед прийняттям рішення про перехід майна він через профільне міністерство підтверджує своє право здійснити цю дію. Таким чином, ми ставимо ще один бар'єр на шляху до рейдерства. Усі ключі буде змінено. Тут буде електронний контроль і охорона їхньої діяльності»¹³.

На цій конференції О. Суходоля також зазначив: «Виклики й загрози посилюються і розширюються. Насправді це – одна з проблем, бо ми не знаємо, які загрози будуть завтра. Тому нам необхідна законодавча вимога зі створенням механізму ідентифікації цих загроз і, відповідно, уточнення завдань та процедури реагування на них по лінії різних органів влади. Механізм прописаний у законопроекті, його необхідно ухвалити, аби бути готовими до тих винятків, які додаються»¹⁴.

Загалом окреслені погляди та пропозиції учасників конференції ми цілком поділяємо, проте маємо деякі зауваження.

По-перше, справді немає жодного сенсу наводити в законі перелік усіх об'єктів КІ, його доцільно закріпити у відповідній постанові Кабінету Міністрів України. Водночас, з огляду на досвід розвинених країн, вважаємо за доцільне в законодавчому акті встановити вичерпний перелік національних секторів КІ.

По-друге, слушною видається пропозиція П. Фріса, але, знову ж таки, крізь призму визначення в законі як окремого сектору національної КІ, що підлягає захисту, сектору надання адміністративних послуг юридичним (фізичним) особам, перелік об'єктів якого (серед них – і нотаріати) регламентувати постановою КМУ.

По-третє, у зв'язку з тим, що останніми роками вкрай загострилася проблема потенційної загрози виникнення «каскадного ефекту» одночасно в декількох основних секторах КІ (фінансовій, енергетичній, транспортній та інших сферах), що може спричинити повне або часткове зупинення системи життєзабезпечення та економіки й безпеки країни загалом, нагальним вважаємо завдання для науковців і практиків щодо розроблення комплексної системи заходів з попередження та мінімізації таких загроз, а також загроз природного, техногенного й іншого характеру, формування відповідної процедури та механізмів перевірки надійності об'єктів зазначених секторів КІ.

По-четверте, доцільно розробити систему управління захистом і безпекою КІ, її стійкістю на міжнародному, національному (загальнодержавному), галузевому (відомчому), місцевому й об'єктовому рівнях, визначити її структуру, механізми взаємодії суб'єктів та об'єктів такої системи.

По-п'яте, підставою віднесення об'єктів національної інфраструктури до КІ має бути відповідна процедура їх розпізнавання, яку, на наш погляд, доцільно проводити комплексно за участю уповноважених підрозділів силових правоохоронних відомств і представників органів державного управління, місцевого самоврядування, галузевих секторів КІ, передбачити чітку регламентацію їхніх повноважень та обов'язків, форми взаємодії під час підготовки та проведення зазначеної процедури.

Підсумовуючи, зауважимо, що після прийняття Закону України «Про критичну інфраструктуру та її захист», а також відповідної постанови Кабінету Міністрів України щодо запровадження державного механізму його реалізації буде завершено перший етап започаткування державної системи захисту КІ України, її наукової, нормативно-правової, організаційно-структурної систем та механізму їх життєдіяльності, закладено концептуально стратегічні й тактичні основи практичної діяльності в означеній сфері. Це безумовно сприятиме оптимізації національної економіки й соціального життя нашої країни, підвищенню її авторитету в європейському та світовому просторі.

¹ Сунь-Цзы, У-цзы. Трактаты о военном искусстве / пер. с кит. ; предисл. и коммент. Н.И. Конрада. Москва : АСТ ; Астрель, 2010. С. 70.

² Fertis D.G., Fertis A. Historical evolutions of infrastructure: 15,000 Years of History. New York: Vantage Press Inc., 1998. 191 p.

³ Магда Е. Гибридная агрессия России: уроки для Европы. Киев : Каламар, 2017. С. 21.

⁴ Hoffman F. Onnot-so-newwarfare: Politicalwarfarevs hybridthreats. 2014. URL: <https://warontherocks.com/2014/07/on-not-so-new-warfare-political-warfare-vs-hybrid-threats>

⁵ Про затвердження Порядку формування переліку інформаційно-телекомунікаційних систем об'єктів критичної інфраструктури держави : постанова Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2016 р. № 563. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/563-2016-%D0%BF#Text>; Єрменчук О.П. Основні підходи до організації захисту критичної інфраструктури в країнах Європи: досвід для України : монографія. Дніпро : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2018. С. 153–154.

⁶ European Programme for Critical Infrastructure Protection (EPCIP). URL: https://ec.europa.eu/home-affairs/e-library/glossary/european-programme-critical_en; Council Directive 2008/114/E CoF 8 December 2008 on the identification and designation of European critical infrastructures and the assessment of the need to improve their protection. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2008.345.01.0075.01.ENG

⁷ BSI-kritisverordnung (BSI – kritisV). URL: <http://www.buzer.de>

⁸ Єрменчук О.П. Основні підходи до організації захисту критичної інфраструктури в країнах Європи: досвід для України : монографія. Дніпро : Дніпропетр. держ. ун-т внутр. справ, 2018. С. 24–25.

⁹ LA SÉCURITÉ DES ACTIVITÉS D'IMPORTANCE VITALE. URL: <http://www.sgdsn.gouv.fr/uploads/2016/10/plaquette-saiv.pdf>

¹⁰ Дружук І. Критична інфраструктура в Україні: виклики, загрози і здоровий глузд. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-economy/2783542-kriticna-infrastruktura-v-ukraini-vikliki-zagrozi-i-zdorovij-glyzd.html>

¹¹ Там само.

¹² Там само.

¹³ Там само.

¹⁴ Там само.

Резюме

Підюков П.П., Калиновський О.В. Система державного захисту критичної інфраструктури України: генеза, сучасний стан і перспективи оптимізування в умовах подальшого забезпечення національної безпеки країни.

У статті здійснено аналіз системи державного захисту критичної інфраструктури в Україні, історія її становлення та перспективи розвитку в умовах необхідності посилення національної безпеки країни. Також наголошено, що в умовах потенційної військової загрози першочерговим прагненням будь-якого потенційного ворога-інтервента було знищення найвразливіших об'єктів, що забезпечували життєдіяльність країни чи окремих її регіонів.

Ключові слова: небезпека, критична інфраструктура, державний захист, потенційна загроза, каскадний ефект.

Резюме

Підюков П.П., Калиновський А.В. Система государственной защиты критической инфраструктуры Украины: генезис, современное состояние и перспективы оптимизации в условиях дальнейшего обеспечения национальной безопасности страны.

В статье проведен анализ системы государственной защиты критической инфраструктуры в Украине, история ее становления и перспективы развития в условиях необходимости усиления национальной безопасности страны. Также отмечено, что в условиях потенциальной военной угрозы первоочередным стремлением любого потенциального врага-интервента было уничтожение уязвимых объектов, обеспечивающих жизнедеятельность страны или отдельных ее регионов.

Ключевые слова: опасность, критическая инфраструктура, государственная защита, потенциальная угроза, каскадный эффект.

Summary

Petro Pidyukov, Oleksandr Kalynovskiy. The system of state protection of critical infrastructure of Ukraine: genesis, current state and prospects for optimization in terms of further national security.

The article analyzes the system of state protection of critical infrastructure in Ukraine, the history of its formation and prospects for development in terms of the need to strengthen national security. It was also emphasized that in the conditions of a potential military threat, the primary aspiration of any potential enemy-interventionist was the destruction of the most vulnerable objects that ensured the life of the country or its individual regions.

Ukraine has been in a “hybrid” war for more than six years. The experience of modern developed countries shows that the protection of critical infrastructure is becoming one of the main directions of their state policy in the field of national security. Critical infrastructure is an integral part of the national infrastructure of any country and plays an extremely important role in the functioning and development of the state, its economy and social life.

Based on the studied experience of modern developed countries, it is proved that the protection of critical infrastructure becomes one of the main directions of their state policy in the field of national security. And this is natural, because critical infrastructure is an integral part of the national infrastructure of any country and plays an extremely important role in the foundation of the functioning and development of the state, its economy and social life.

In recent years, the problem of the potential threat of a «cascade effect» in several major sectors of critical infrastructure (financial, energy, transport and other areas) has become extremely acute, which may lead to complete or partial cessation of life and economy and security in general. Scientists and practitioners to develop a comprehensive system of measures to prevent and minimize such threats, as well as threats of natural, man-made and other nature, the formation of appropriate procedures and mechanisms to verify the reliability of these sectors of critical infrastructure.

The article proves that the basis for classifying national infrastructure as critical infrastructure should be an appropriate procedure for their recognition, which should be carried out comprehensively with the participation of authorized law enforcement agencies and representatives of government, local government, critical infrastructure sectors, provide a clear their powers and responsibilities, forms of interaction during the preparation and conduct of this procedure.

Key words: danger, critical infrastructure, state protection, potential threat, cascade effect.

П.Д. БІЛЕНЧУК, Т.В. ОБІХОД

*Петро Дмитрович Біленчук, професор Київського університету права НАН України**

*Тетяна Вікторівна Обіход, старший науковий співробітник Інституту ядерних досліджень НАН України, юрист***

ORCID: 0000-0003-1103-4006

СУЧАСНЕ РОЗУМІННЯ СТРАТЕГІЇ ВІЙНИ І БЛОК НАТО ЯК ОДИН ІЗ ФАКТОРІВ БЕЗПЕКИ

Постановка проблеми. У наш час глобалізація є цивілізаційним процесом формування нового світового порядку яка здійснюється через інституційні форми планетарного масштабу типу Світової організації Торгівлі (далі – СОТ), Організації з питань освіти, науки і культури (далі – ЮНЕСКО), Північноатлантичний альянс (далі – НАТО). Взаємини України та НАТО включають політичну, військову, правоохоронну та економічну складові. Неминучою стороною еволюції цих відносин є трансформація міжнародної системи безпеки, аналіз якої є гарантом ефективної співпраці і протидії зовнішньої агресії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання відносин України і Північноатлантичного альянсу регулюються нормативно-правовими актами^{1,2}, їм присвячено публікації відомих українських політиків, військово-політичних діячів, провідних вчених таких, як Г. Ситник, В. Долгов, В. Горбулін, О. Кузьмук, В. Абрамов, О. Оржель та інших. Події навколо України, нездатність ефективно реагувати на низку нових загроз роблять необхідним дослідження проблематики євроатлантичної інтеграції. При цьому необхідно зазначити, що усталені принципи, на яких протягом останніх майже 400 років (після Вестфальського мирного договору 1648 р.) будувалася система міжнародних відносин, а саме: суверенітет держав, недоторканість кордонів, невтручання у внутрішні справи країн тощо – у третьому тисячолітті ставляться під сумнів практикою війни з тероризмом. Держави вимушені брати до уваги морально-етичні і міжнародно-правові критерії оцінки своєї діяльності.

Метою статті є аналіз сучасного підходу до військового конфлікту і розгляд концептуальних безпекових засад формування стратегії розвитку України задля надійного захисту і успішного військового розвитку нашої держави.

Виклад основного матеріалу. Історія виникнення військових об'єднань пірнає в глиб часів. Вони виникали серед окремих племен і народів на добровільній або примусовій основі завдяки перевазі в чисельності людей і матеріальних засобів задля задоволення, головним чином, економічних інтересів. Пізніше, в процесі розвитку цивілізацій, для колективного нападу або захисту проти спільного ворога, почали створюватись різні види блоків, які мали на меті не тільки колективний напад або захист, а й співпрацю держав з політичних та економічних питань. Протягом триваючої еволюції змінювалась традиція справедливої війни, з'явилося прагнення накласти практичні обмеження на війну, визнаючи, що використання військової сили для захисту людей та матеріальних цінностей іноді є необхідністю.

1. Визначення стратегії і її структура

Насамперед стратегічні лідери, які визначають широкомасштабну військову політику, контролюють навчання і підготовку оперативних планів для національних збройних сил, глибоко зумовленими принципами справедливої війни. Чітке розуміння концепцій теорії справедливої війни і стратегії – це місцецтво. Тому вимагати загального розуміння термінології, дотримання певних принципів і дисципліни щодо формулювання стратегії не є загальноприйнятими формулами.

Оцінка ризиків є невід'ємною частиною всього процесу формулювання стратегії. Дональд Нойхтерляйн³ підкреслює, що при визначенні національних інтересів та їх важливості – розробка політики і стратегії є фундаментальною передумовою для досягнення цілей.

Загалом стратегія має складну структуру, підкріплену системою управління, міжнародним законодавством, засобами медіа і погрозами, яку схематично можна відобразити наступним чином:

- національні цілі;
- національні інтереси;
- стратегічне бачення;

© П.Д. Біленчук, Т.В. Обіход, 2020

* *Petro Bilenchuk, Professor of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

** *Tetyana Obikhod, Senior Research Fellow, Institute of Nuclear Research of the NAS of Ukraine, Lawyer*

- формулювання стратегічного процесу;
- засоби та шляхи досягнення національних цілей;
- доцільність, прийнятність, придатність засобів та оцінка ризику.

Стратегія розроблятиметься з урахуванням особливостей часу, місця і залученої особистості. Війна змінилася, каже Клаузевіц у відомому дослідженні «Про війну»⁴, старі рецепти більше не працюють. Концепція Клаузевіца стосувалася трійці народу, уряду та збройних сил. «Сучасне мистецтво війни, далеке від того, щоб використовувати людей як прості машини, має пожвавити індивідуальну енергію, наскільки це дозволяє природа зброї». Характерною рисою сучасної війни є те, що обидві сторони намагаються домінувати над волею противника. Головне, це націлити індивідуальну волю у боротьбі через варіювання психологічних підходів⁵:

- перемогти – програти – не виграти – нічия – не програти – виграти перемогу;
- загострення – значне погіршення – потенціал погіршення – стан справ кво – потенціал рішення – часткове рішення – дозвіл;
- рішення проблеми: відсутнє – незначне – обмежене – значне – разом.

Світогляд стратега є наступним:

1. Визначення стимулу.
2. Формулювання інтересів.
3. Оцінка інформації.
4. Визначення стратегічних чинників.
5. Вибір ключових факторів.
6. Формулювання стратегії.

2. Засоби реалізації стратегії

Задля реалізації стратегії необхідно враховувати багато чинників. Важливими потенційними стратегічними чинниками є природні і соціальні детермінанти різних суб'єктів:

Природні детермінанти

- Географія
- Населення
- Природні ресурси

Соціальні детермінанти

- Економіка
- Військові
- Політичні
- Соціально-психологічний

Щоб побачити, що дійсно є важливим для досягнення конкретних інтересів, велике значення мають індивідуальні особисті, їх зв'язки і колективний менталітет. Тому необхідно враховувати культуру, установи, організації, групи, міжнародні урядові і бізнес-організації, їх вплив на держави. Сама стратегія реалізується через наступні чинники⁶:

- Люди
- Суспільство
- Культура
- Політика
- Етика
- Економіка і логістика
- Організація
- Адміністрування
- Інформація та розвідка
- Стратегічна теорія і доктрина
- Технології
- Операції
- Командування
- Географія
- Випадковості / невизначеності
- Противник
- Час

Стратегія потребує динамічного підходу і використання наступних засобів:

- зміна способів і / або коштів;
- стиснути мету;
- налаштувати стратегію;
- доповнити ресурси;
- зменшити мету і збільшити кошти для її досягнення;
- дезінформування, блеф;
- модифікація мети.

Для реалізації стратегії необхідно враховувати ціннісні фактори і фактори витрат, ризику. Дональд Нойхтерлайн виступає за простий процес оцінки, оцінюючи кожен фактор як високий, середній або низький. Аналогічним чином, для конкретної проблеми деякі фактори можуть бути більш важливими, ніж інші, і можуть бути відповідним чином зважені або розставлені за пріоритетами. Всі факторні оцінки потім підсумовуються. Якщо загальна вартість конкретної проблеми є високою порівняно з низькою вартістю ризику, то питання, ймовірно, становить життєво важливий інтерес. Тобто метод полягає в тому, щоб надати серію моделей, або шаблони стратегії для покращення ефективності і результативності стратегічного мислення.

3. НАТО як один із факторів стримування

Відповідно до Північноатлантичного договору 1949 р. НАТО має на меті «зміцнення стабільності і підвищення добробуту в Північноатлантичному регіоні». «Країни-учасники об'єднали свої зусилля з метою створення колективної оборони і збереження миру і безпеки»⁷. Завдання НАТО змінювалися залежно від об'єктивних і суб'єктивних обставин від... утримування російських осторонь»⁸, до колективної оборони, врегулювання кризових ситуацій, безпеки на основі співробітництва і до стримування Росії актами⁹.

Стратегічна концепція НАТО 2010 «Активна участь, сучасна оборона» представляє три найважливіші завдання НАТО – колективна оборона, врегулювання кризових ситуацій та безпека на основі співпраці актами¹⁰.

НАТО приділяє особливу увагу наданню допомоги:

- у проведенні демократичних реформ;
- модернізації оборонних інститутів, щоб зробити їх прозорими і підзвітними;
- розвитку здатності збройних сил держав-партнерів працювати з силами країн НАТО;
- справлятися зі стихійними лихами;
- у розвитку науково-технічного співробітництва.

Для України переваги вступу в НАТО є наступними:

1. Надання гарантій безпеки.
2. Надання «ядерних гарантій».
3. Політичний «дах» НАТО, і теоретичну можливість підтримки з боку 26 держав – членів НАТО.
4. Зміцнення територіальної цілісності.
5. Рівні партнерські відносини з усіма сусідами.
6. Продовження військово-технічного співробітництва з іншими державами, зокрема з Росією.
7. Збільшення іноземних інвестицій в економіку і оборонне виробництво.

Щодо змін форм дії НАТО, то необхідно підкреслити їх перехід від агресивного характеру до цілей забезпечення колективної безпеки і розвитку науково-технічного і економічного потенціалу. Ця тенденція спричинена сучасними змінами як політичного і економічного характеру^{11,12}, так і пандемією COVID-19¹³. Нижче, в таблиці 1, наведено динаміку зменшення витрат найбільш вагомих країн НАТО в період 2010–2016 рр.

Таблиця 1. Витрати країн НАТО на озброєння за даними НАТО, млрд дол. і % від ВВП країни¹⁴.

Країна	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2016 (%)
США	720,4	740,7	712,9	680,9	653,9	641,3	664,1	3,61
Великобританія	60,3	62,9	58,0	62,3	65,7	59,6	60,3	2,21
Франція	52,0	53,4	50,2	52,3	52,0	43,5	43,6	1,78
Німеччина	46,3	48,1	46,5	45,9	46,1	39,8	40,7	1,19
Італія	28,7	30,2	26,5	26,7	24,5	19,6	21,9	1,11
Канада	18,7	22,0	20,0	18,2	18,2	15,2	15,4	0,99
Туреччина	14,1	13,6	13,9	14,4	13,6	12,0	11,6	1,56

Крім того, ми бачимо недотримання вимоги, згідно з якою члени союзу повинні витратити на оборону не менше 2 % ВВП.

Найбільш важливе пояснення сучасних тенденцій полягає в помилковому сприйнятті і збереженні з минулого способів мислити в душі організованого насильства, нездатності зрозуміти характер і логіку нової війни, коли воюючі сторони є державами чи ж об'єднаннями, які претендують на державність. Багато з уживаних термінів, такі як, «підтримання миру», «примус до миру», «суверенітет», виходять з уявлень про національну державу і їх важко застосувати в сучасному контексті. Необхідно, щоб стратегії насадження «страху і ненависті» була протиставлена стратегія захоплення «сердець і умів». Необхідно, щоб політиці виключення була протиставлена політика включення. Необхідно, щоб злочинам польових командирів було протиставлено повагу до міжнародних принципів і правових норм¹⁵.

У цьому аспекті спостерігаються наступні нові рухи міжнародної співпраці:

- від дипломатії, що проводиться зверху донизу, до космополітичної політики;
- від підтримання миру і/або примусу до миру до космополітичного правозастосування;
- від гуманітарної допомоги до реконструкції.

Висновки, пропозиції, рекомендації. Розвиток України як прогресивної держави потребує її співпраці з усіма провідними країнами світу. Найбільш вагомим об'єднанням сьогодення є блок НАТО, вступ до якого має багато переваг. Але при цьому необхідно враховувати динамічні зміни політичного, економічного характеру сьогодення, які не в останню чергу пов'язані із пандемією COVID-19. У наш час, коли на карту поставлено виживання людства, необхідно керуватися новими цілями і стратегічними завданнями. Має бути замінено як визначення стратегії, так і засоби її реалізації в сучасному розумінні психологічних, науково-технічних і правових досягнень. Акцент повинен ставитися насамперед на науково-технічний розвиток і колективну безпеку, які супроводжуються космополітичним мисленням і правозастосуванням.

¹ Питання Комісії з питань координації євроатлантичної інтеграції України: Указ Президента України від 30 жовтня 2019 р. № 784/2019.

² Про здійснення добровільного внеску України до Організації Північноатлантичного договору (НАТО): розпорядження Кабінету Міністрів України № 1226-р від 4 грудня 2019 р. № 1226-р.

³ Donald E. Nuechterlein, *America Overcommitted: United States National Interests in the 1980s*, Lexington, KY: The University Press of Kentucky, 1984, p. 4. This is a modification of Nuechterlein's definition.

⁴ Карл Клаузевиц. О войне. Изд-во «Эксмо», Мидгард, 2007. 864 с.

⁵ U.S. Army War College Guide to National Security Issues. Volume I: Theory of War and Strategy. 5th Edition. J. Boone Bartholomees, Jr. Editor. June 2012. 359 p.

⁶ U.S. Army War College Guide to National Security Issues. Volume II: National Security Policy and Strategy. 5th Edition. J. Boone Bartholomees, Jr. Editor. June 2012. 433 p.

⁷ НАТО. Североатлантический договор (4 апреля 1949). 11 января 2011 г. URL: https://www.nato.int/cps/ru/natolive/official_texts_17120.htm.

⁸ Reynolds D. (англ.) русск. *The Origins of the Cold War in Europe: International Perspectives*. – Yale University Press, 1994. – ISBN 0-300-10562-2.

⁹ Би-Би-Си: «Пресса Британии: Необходимо укреплять НАТО в Европе для противодействия Москве». URL: https://www.bbc.com/russian/uk/2015/06/150624_brit_press

¹⁰ Стратегическая концепция. URL: https://www.nato.int/cps/ru/SID-61075811-1525546F/natolive/topics_56626.htm

¹¹ США утратили мировое лидерство. URL: https://www.tvr.by/news/v_mire/ssha_utratili_mirovoe_liderstvo/

¹² Маккейн: США утратили роль мирового лидера при Обаме. URL: <https://rg.ru/2016/12/19/makkejn-ssha-utratili-rol-mirovogo-lidera-pri-obame.html>

¹³ Экономика и бизнес – ТАСС. URL: <https://tass.ru/ekonomika/10328701>

¹⁴ Defence Expenditures of NATO Countries (2009–2016). URL: https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2016_07/20160704_160704-pr2016-116.pdf

¹⁵ Калдор М. Новые и старые войны: организованное насилие в глобальную эпоху / пер. с англ. А. Апполонова, М. Дондуковского; ред. перевода А. Смирнов, В. Софронов. Москва: Изд-во Института Гайдара, 2015. 416 с.

Резюме

Біленчук П.Д., Обіход Т.В. Сучасне розуміння стратегії війни і блок НАТО як один із факторів безпеки.

Розглянуто історію розвитку підходу до військового конфлікту і визначення стратегії війни в сучасних умовах. Наведено сучасні засоби реалізації стратегічних підходів та стратегічну концепцію блоку НАТО, а також переваги вступу в НАТО для України. В умовах сучасних політико-економічних змін і пандемії COVID-19 підкреслено необхідність переходу до космополітичного мислення і правозастосування.

Ключові слова: НАТО, євроатлантична інтеграція, стратегія війни, міжнародна співпраця, космополітичне мислення.

Резюме

Біленчук П.Д., Обіход Т.В. Современное понимание стратегии войны и блок НАТО как один из факторов безопасности.

Рассмотрена история развития подхода к военному конфликту и определение стратегии войны в современных условиях. Приведены современные средства реализации стратегических подходов и рассмотрена стратегическая концепция блока НАТО, а также преимущества вступления в НАТО для Украины. В условиях современных политико-экономических изменений и пандемии COVID-19 подчеркнута необходимость перехода к космополитическому мышлению и правовому применению.

Ключевые слова: НАТО, евроатлантическая интеграция, стратегия войны, международное сотрудничество, космополитическое мышление.

Summary

Petro Bilenchuk, Tetyana Obikhod. Modern understanding of war strategy and the NATO bloc as one of the security factors.

Today, globalization is a civilizational process of forming a new world order that is carried out through institutional forms on a global scale such as the World Trade Organization (WTO), the Organization for Education, Science and Culture (UNESCO), the North Atlantic Alliance (NATO). Ukraine-NATO relations include political, military, law enforcement and economic components. The inevitable aspect of the evolution of these relations is the transformation of the international security system, the analysis of which is a guarantee of effective cooperation and counteraction to external aggression.

The purpose of the article is to analyze the current approach to the military conflict and to consider the conceptual security framework for the formation of Ukraine's development strategy for reliable protection and successful military development of our state.

The history of military associations dives deep into time. The tradition of just war has changed over time, and there has been a desire to impose practical restrictions on war. First of all, strategic leaders, who define large-scale military policy, must control the training and preparation of operational plans for national armed forces, deeply rooted in the principles of just war. The worldview of the strategist is as follows:

1. Determination of the stimulus;
2. Formulation of interests;
3. Evaluation of information;
4. Identification of strategic factors;
5. Selection of key factors;
6. Formulation of strategy.

The strategy requires a dynamic approach and the use of the following tools:

- change of methods and / or means;
- compress the goal;
- adjust the strategy;
- supplement resources;
- reduce the goal and increase funds to achieve it;

- misinformation, bluff;
- modification of the purpose.

NATO's Strategic Concept 2010 "Active Participation, Modern Defense" presents NATO's three most important tasks – collective defense, crisis management and security through cooperation.

NATO pays special attention to assistance:

- in carrying out democratic reforms;
- modernizing defense institutions to make them transparent and accountable;
- developing the capacity of Partner countries' armed forces to work with NATO forces;
- cope with natural disasters;
- in the development of scientific and technical cooperation.

Modern means of implementing strategic approaches and the strategic concept of the NATO bloc, as well as the benefits of joining NATO for Ukraine, emphasize the need for a transition to cosmopolitan thinking and legal application in the context of modern political and economical changes and the COVID-19 pandemic.

Key words: NATO, Euro-Atlantic integration, war strategy, international cooperation, cosmopolitan thinking.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.65

УДК 343.54(477)(094.4)

В.В. ГАЛЬЦОВА

*Вікторія Володимирівна Гальцова, кандидат юридичних наук, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0002-0700-427X

ДО ПИТАННЯ ПРО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВУ ОХОРОНУ СІМ'Ї, ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ НЕПОВНОЛІТНІХ У ЧИННОМУ КК УКРАЇНИ

Постановка наукової проблеми. Кримінальні правопорушення проти сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх поміщені законодавцем у різних розділах Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК) та з огляду на це мають різні родові об'єкти. Отже, аналіз існуючої системи Особливої частини КК України свідчить про те, що суспільні відносини у сфері сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх дотепер не охороняються кримінальним законодавством у якості самостійного родового об'єкта. Такий підхід законодавця уявляється нам недосконалим, оскільки вважаємо, що суспільні відносини, які *забезпечують нормальний розвиток та функціонування сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх*, мають свої суттєві, притаманні їм істотні і специфічні риси і тому є відносно самостійними і потребують комплексної кримінально-правової охорони у якості самостійного родового об'єкта. У зв'язку із вказаним вище вважаємо, що необхідна переоцінка законодавця щодо кримінально-правової охорони сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх у системі норм Особливої частини КК.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми кримінально-правової охорони кримінальних правопорушень проти сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх досліджували такі учені, як О.І. Белова «Кримінально-правова характеристика системи злочинів проти сім'ї та неповнолітніх»; С.М. Морозюк «Кримінально-правова характеристика злочинів проти інтересів сім'ї та підопічних (ст. ст. 164–169 КК України)»; Д.П. Євтєєва «До питання про рівні кримінально-правового забезпечення охорони сім'ї, дітей та підопічних в Україні»; О.М. Сікан «Стан та перспективи кримінально-правової охорони сім'ї в законодавстві України» та ін.

Метою статті є дослідження сучасного стану кримінально-правової охорони сім'ї, прав, інтересів неповнолітніх в нормах Особливої частини КК та на цій підставі запропонувати шляхи удосконалення чинного кримінального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Сім'я є важливим соціальним і правовим інститутом держави та суспільства, оскільки відіграє одну із ключових ролей у житті кожної людини. Соціологи справедливо стверджують, що тільки сім'я здійснює винятково важливі функції, які не в змозі виконати ніякі інші суспільні структури. Саме сім'я відводиться вирішальна роль у вихованні, формуванні та розвитку дитини як особистості.

У цілому держава здійснює широке коло заходів щодо захисту сім'ї, її членів та дітей. Наприклад, ст. 51 Конституції України проголошує, що сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Крім Основного Закону держави в Україні були прийняті й інші закони та нормативні акти щодо захисту членів сім'ї та неповнолітніх. Зокрема, «Про попередження насильства в сім'ї», «Про охорону дитинства», «Рік дитини», «Рік сім'ї» та ін. Як вбачається, держава в цілому забезпечує захист сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх, але вирішення цієї вельми важливої проблеми, на нашу думку, потребує не тільки урегулювання

© В.В. Гальцова, 2020

* *Victoria Haltsova, Ph.D. in Law, Associate Professor of Yaroslav Mudryi National Law University*

нормами сімейного та інших регулятивних галузей права, а й належної кримінально-правової охорони цих суспільних відносин.

Необхідно зазначити, що у Кримінальному кодексі 1960 р. містилася низка норм за посягання на сім'ю, права та інтереси неповнолітніх, але вони були поміщені законодавцем у різних розділах Особливої частини КК та відповідно мали різні родові об'єкти. Прийняття Кримінального кодексу України 2001 р. (далі – КК), який замінив КК України 1960 р., було зумовлено тим, що останній, хоча і зазнавав останнім часом значних змін і доповнень, проте перестав відповідати реаліям, які склалися в Україні, а саме: 1) мав низку серйозних прогалин; 2) за період свого існування зазнав (особливо в останні роки) численних і не завжди обґрунтованих змін і доповнень, що порушили його цілісність і системність; 3) не враховував міжнародні зобов'язання України у зв'язку з вступом її до Ради Європи і приєднанням до низки міжнародно-правових договорів у сфері боротьби зі злочинністю; 4) перелік і зміст кримінально-правових заборон вимагали перегляду; 5) відповідно до сучасних вимог і міжнародних стандартів потребувала вдосконалення система покарань тощо¹.

Отже, після набуття чинності КК 2001 р. в Особливій частині КК кримінальні правопорушення проти сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх, також як і у КК 1960 р., поміщені законодавцем у різних розділах КК. Наприклад, «Домашнє насильство» (ст. 126¹ КК) міститься у розділі II «Кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи»; «Експлуатація дітей» (ст. 150 КК), «Примушування до шлюбу» (ст. 151² КК), «Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом» (ст. 150¹ КК) включені законодавцем у розділ III «Кримінальні правопорушення проти честі, волі та гідності особи»; «Статеві зносини з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку» (ст. 155 КК), «Розбещення неповнолітніх» (ст. 156 КК) у розділ IV «Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканності»; «Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей» (ст. 164 КК), «Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка або піклування» (ст. 166 КК), «Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків» (ст. 165 КК), «Зловживання опікунськими правами» (ст. 167 КК), «Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)» (ст. 168 КК), «Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)» (ст. 169 КК) – у розділ V «Кримінальні правопорушення проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина»; «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність» (ст. 304 КК) у розділ XII «Кримінальні правопорушення проти громадського порядку та моральності»; «Спонукування неповнолітніх до застосування допінгу» (ст. 323 КК), «Схиляння неповнолітніх до вживання одурманюючих засобів» (ст. 324 КК) відповідно у розділ XIII «Кримінальні правопорушення у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення». З огляду на це, зазначені кримінальні правопорушення мають абсолютно різні родові об'єкти. Зокрема, ними є суспільні відносини, що забезпечують життя або здоров'я особи (ст. 126¹ КК); честь, волю або гідність особи (ст. ст. 150; 150¹; 151² КК); статеvu свободу та статеvu недоторканність (ст. ст. 155, 156 КК); виборчі, трудові та інші особисті права і свободи людини і громадянина (ст. ст. 164–169 КК); громадський порядок та моральність (ст. 304 КК); обіг наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (здоров'я населення) (ст. ст. 323, 324 КК). Такий підхід уявляється нам недосконалим, оскільки ним не забезпечується необхідний кримінально-правовий захист сім'ї та неповнолітніх, адже *de facto*, ми вважаємо, що шкода заподіюється суспільним відносинам у сфері сімейних відносин, а також відносинам, які забезпечують права та інтереси неповнолітніх.

Як свідчить аналіз кримінального законодавства, в Україні останніми роками законодавцем здійснювалося удосконалення лише окремих кримінально-правових норм, які передбачають відповідальність за посягання на сім'ю та неповнолітніх. Але жодного разу ним не проводилася систематизація кримінальних правопорушень проти сім'ї та неповнолітніх у структурі Особливої частини КК України з урахуванням їх однорідності чи тотожності суспільних відносин та на цій підставі мають бути поміщені у єдиний розділ і визнати, що усі вони мають один родовий об'єкт. Не зважаючи на обґрунтовані пропозиції, які неодноразово висловлювалися науковцями кримінального права, відповідна систематизація кримінальних правопорушень проти сім'ї та неповнолітніх злочинів дотепер не отримала свого відображення в нормах Особливої частини КК України.

Безумовно, питання щодо об'єкта кримінального правопорушення були і залишаються одними з найбільш суперечливих та дискусійних. Об'єкт кримінального правопорушення визначає як соціальну, так і юридичну сутність об'єктивних і суб'єктивних ознак кримінального правопорушення, дозволяє встановити межі дії кримінально-правової норми, правильно кваліфікувати суспільно небезпечні діяння² та правильно вирішити низку інших досить важливих теоретичних і практичних питань: установити особливості конструкції складу злочину, обсяг і зміст об'єктивної й суб'єктивної сторони кримінального правопорушення, має велике значення для вирішення питань призначення покарання³.

Але особливу роль має родовий об'єкт кримінального правопорушення, на який покладається не менш важлива системно-визначальна функція як критерій систематизації Особливої частини закону про кримінальну відповідальність. Нагадаємо, що під родовим (груповим) об'єктом прийнято розуміти об'єкт, яким охоплюється певне коло суспільних відносин, однорідних або тотожних за своєю соціальною сутністю і які внаслідок цього охороняються єдиним комплексом взаємозалежних кримінально-правових норм⁴. Таким чином, родовий об'єкт являє собою менш високий (усереднений) порівняно з загальним об'єктом рівень узагальнення охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин, становить його частину й співвідноситься з ним як частина із цілим. Групувати суспільні відносини слід не довільно, а на підставі об'єктивно існуючих критеріїв, які зумовлюють їх однорідність або тотожність.

Слід також зазначити, що родовий об'єкт: а) дозволяє класифікувати за певними групами злочини й кримінально-правові норми, які встановлюють відповідальність за їх вчинення; б) забезпечує з'ясування характеру суспільної небезпечності злочинних діянь; в) лежить в основі систематизації Особливої частини КК, яка являє собою всю сукупність кримінально-правових норм і закріплених у них складів злочинів і дає можливість розташувати весь законодавчий і нормативний матеріал кримінального права в певній системі, підпорядкованій єдиному об'єктивному критерію⁵.

У цілому систематизацію кримінальних правопорушень, як указував відомий російський учений-криміналіст Ю.І. Ляпунов, слід розуміти широко. На його думку, систематизація має два рівні – більш високий, що стосується поділу злочинів і відповідних кримінально-правових норм на розділи й розміщення їх у певній послідовності, і другий – формування класифікаційних підгруп усередині кожної з відповідних груп (розділ)⁶. Саме родовий, видовий і безпосередній об'єкти, як справедливо стверджував Я.М. Брайнін, повинні розглядатися як підстава систематизації злочинів і відповідних кримінально-правових норм⁷.

Тому учені справедливо стверджують, що норми Особливої частини КК України мають бути розміщені у кримінальному законі за певною системою та в певній послідовності⁸. У філософії при дослідженні питань, пов'язаних із застосуванням категорії «система», пропонують розуміти її як цілісну множину взаємопов'язаних елементів⁹. Визначена сутність доповнюється формальними побудовами, що чітко описують певні особливості тієї чи іншої системи¹⁰, зокрема, правової. Зазначене співвідношення сутності та форми є характерним для побудови системи кримінального права України, зокрема, його Особливої частини. В основі цієї системи закладено її розподіл залежно від родових об'єктів злочинів. У окремі розділи об'єднуються норми, що передбачають відповідальність за злочини, які посягають на один і той самий родовий об'єкт.

Аналіз чинного КК України доводить, що кримінальні правопорушення проти сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх розпорошені по різних розділах Особливої частини. Тим самим порушено загальноприйнятий принцип побудови певної системи та певної послідовності. З погляду чинного права (*de lege lata*) вважаємо, що суспільні відносини, які забезпечують нормальний розвиток і функціонування сім'ї, є родовим об'єктом досліджуваних кримінальних правопорушень. У підтримку нашої точки зору свідчить й те, що сімейні відносини утворюють самостійну сферу суспільного життя, у якому складаються сімейні правовідносини (відносини в сфері сім'ї й виховання неповнолітніх) та є самостійним видом відносин, що мають свою власну структуру зі своїми особливостями, а саме: 1) суб'єкт; 2) предмет; 3) зміст (сутність).

Особливий *суб'єктний* склад відносин, якими є винятково члени сім'ї: чоловік, дружина, батько, мати, діти, бабуся, дід, онуки, брати або сестри й інші родичі. Що стосується різних державних органів, наприклад, реєстрації актів цивільного стану, органів опіки й піклування, суду тощо, то зазначені органи можуть тільки брати участь у виникненні, зміні або припиненні сімейних прав і обов'язків, але ніколи не стають суб'єктами сімейних відносин. *Предметом* зазначених відносин є юридичний факт, тобто йдеться про дію, що відбувається на підставі власного волевиявлення особи, яка бажає виникнення, зміни або припинення сімейних правовідносин. Наприклад, реєстрація фактів шлюбу, народження дитини, усиновлення (удочеріння), розірвання шлюбу й ін.¹¹ *Зміст* сімейних відносин становлять взаємні права та обов'язки суб'єктів сімейних відносин.

Є всі підстави вважати, що сім'я, неповнолітні (діти), сімейні відносини – це єдиний блок суспільних відносин, вони знаходяться у непорушній єдності, взаємопов'язані між собою та доповнюють один одне. Сімейні відносини, з точки зору аксіологічного підходу як соціальна цінність, мають особливе значення для держави, суспільства та особистості за умови, що ці відносини ґрунтуються на любові, турботі, взаєморозумінні, вірності, повазі, взаємопідтримці, щирості, довірі, гармонії, взаємній відповідальності та ін. Зазначені риси, на яких має будуватися сім'я, фахівці називають сімейними *цінностями*, вони є важливими для ефективної життєдіяльності сім'ї, виступають основою, на якій вона існує. Тому всебічний правовий захист державою сім'ї, членів родини та дітей має важливе значення для забезпечення міцності та стабільності сімейних відносин і сприяє виконанню сім'єю важливих функцій, особливо щодо виховання дітей.

Отже, є всі підстави вважати, що сім'я як специфічне соціально-правове утворення має особливе призначення і функції для неповнолітніх та держави, потребує особливої і спеціальної кримінально-правової охорони від суспільно небезпечних посягань. Тому така сфера суспільних відносин, що складається у сфері сім'ї та її членів, прав та інтересів дітей, хоча і регламентується нормами конституційного, цивільного та сімейного права, але потребує саме комплексного кримінально-правового захисту від суспільно небезпечних посягань. Це пов'язано із виконанням сім'єю надзвичайно важливих функцій – вихованням дітей, а також з тим, що діти внаслідок їх фізичної та розумової незрілості потребують спеціальної охорони з боку держави. Тільки у цьому випадку вони будуть виступати як дієвий засіб забезпечення ефективності реалізації норм сімейного, цивільного та адміністративного законодавства України при вчиненні суспільно небезпечних діянь щодо членів родини та неповнолітніх.

Ми неодноразово вказували на необхідність виокремлення норм, що посягають на сім'ю, права та інтереси дітей і розміщення їх у самостійному розділі Особливої частини КК України¹², оскільки ці злочини посягають на одну і ту ж цільну та відносно відокремлену групу суспільних відносин – відносин у сфері сім'ї і виховання дітей, прав та їх інтересів. У порядку порівняння вкажемо на позитивне рішення цієї проблеми в багатьох зарубіжних країнах, кримінальне законодавство яких містить самостійні розділи, у нормах яких встановлюється кримінальна відповідальність за посягання на сім'ю і на права та інтереси дітей.

Наприклад, КК Казахстану – глава 2, розділ «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх», КК Білорусі – розділ VII, глава «Злочини проти укладу сімейних відносин та інтересів неповнолітніх», КК РФ – розділ II, гла-

ва 20 «Злочини проти сім'ї та неповнолітніх», КК Іспанії – розділ XII «Злочини проти сімейних відносин», КК Франції – Книга 2, глава VII «Про посягання на неповнолітніх осіб та сім'ю», КК ФРН – розділ 12 «Злочинні діяння проти громадянського стану, шлюбу та сім'ї», КК Швеції – глава 7 «Злочини проти сім'ї», кримінальне законодавство Норвегії – частина 2, глава 20 «Злочини, пов'язані з сімейними відносинами», КК Польщі – глава XXVI «Злочини проти сім'ї та опіки», КК Республіки Болгарії – глава 4 «Злочини проти шлюбу, сім'ї та молоді» та ін.

Висновки. На підставі цього пропонуємо виокремити кримінальні правопорушення проти сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх в окремий і самостійний розділ під назвою «Кримінальні правопорушення проти сім'ї та неповнолітніх», до якого слід віднести: «Домашнє насильство» (ст. 126¹ КК); «Експлуатація дітей» (ст. 150 КК); «Використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом» (ст. 150¹ КК); «Примушування до шлюбу» (ст. 151² КК); «Ухилення від сплати аліментів на утримання дітей» (ст. 164 КК); «Ухилення від сплати коштів на утримання непрацездатних батьків» (ст. 165 КК); «Злісне невиконання обов'язків по догляду за дитиною або за особою, щодо якої встановлена опіка або піклування» (ст. 166 КК); «Зловживання опікунськими правами» (ст. 167 КК); «Розголошення таємниці усиновлення (удочеріння)» (ст. 168 КК); «Незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння)» (ст. 169 КК); «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність» (ст. 304 КК). У подальшому можлива поява й інших суспільно небезпечних діянь, які посягають на сімейні відносини, права та інтереси неповнолітніх.

Виокремлення шляхом систематизації кримінальних правопорушень проти сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх у самостійну групу норм має важливе теоретичне і практичне значення, оскільки надасть можливість не тільки упорядкувати дану сукупність кримінальних правопорушень і розглядати їх як певну логічно узгоджену систему, а й визначити найбільш суттєві риси (ознаки) їм притаманні та за якими вони відрізняються від інших кримінальних правопорушень. Таким чином, буде здійснено необхідний комплексний кримінально-правовий захист сім'ї, прав та інтересів дітей у самостійному розділі Особливої частини КК, в якому встановлювалась би кримінальна відповідальність за вчинення суспільно небезпечних посягань, що заподіюють шкоду даним відносинам. На нашу думку, таке рішення законодавця, безумовно, забезпечило б:

- виконання завдань, які зазначені у ч. 1 ст. 1 КК;
- надало б можливість повної цілісної оцінки суспільної небезпечності вказаних кримінальних правопорушень;
- актуалізувало кримінально-правову боротьбу з ними;
- орієнтувало би судову практику на правильне, відповідно до його дійсного змісту, застосування кримінального закону.

¹ Сташис В. Основні новели нового Кримінального кодексу України. *Вісник Академії правових наук України*. Харків : Право, 2003. № 2–3 (33–34). С. 612–626.

² Тацій В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. Харьков: Высш. шк., 1988. С. 115.

³ Фролов Е.А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления. *Сборник ученых трудов СЮИ*. 1969. Вып. 10. С. 184.

⁴ Там само. С. 85.

⁵ Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 4-е вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2010. С. 106.

⁶ Ляпунов Ю.И., Мшвениерадзе П.Я. Основы систематизации норм Особенной части уголовного права. *Правоведение*. 1985. № 3. С. 26.

⁷ Брайнин Я.М. Уголовная ответственность и ее основание в советском уголовном праве. Москва: Юридическая литература, 1963. С. 106.

⁸ Зеленецкий В.С. Количественный подход к характеристике структурных элементов Особенной части Уголовного кодекса Украины. Харьков: Восточнорегиональный центр гуманитарно-образовательных инициатив, 2001. С. 3.

⁹ Философская энциклопедия. Москва: Сов. энцикл., 1970. Т. 5. С. 19.

¹⁰ Там само.

¹¹ Ромовська З.В. Українське сімейне право: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. С. 43–56.

¹² Див.: Кримінальна відповідальність за розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) та незаконні дії щодо усиновлення (удочеріння): аналіз складів злочинів, Харків, Право, 2015. 248 с.; Проблеми вдосконалення кримінально-правової охорони сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх. *Бюлетень Міністерства юстиції*. 2013. № 9. С. 106–112.

Резюме

Гальцова В.В. До питання про кримінально-правову охорону сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх у чинному КК України.

У статті досліджуються кримінальні правопорушення проти сім'ї, прав та інтересів неповнолітніх та їх місце у нормах Особливої частини КК України.

Зазначається, що кримінальні правопорушення проти сім'ї та неповнолітніх поміщені законодавцем у різних розділах Особливої КК та мають свої родові об'єкти. Такий підхід уявляється недосконалим, оскільки не забезпечується необхідний кримінально-правовий захист сім'ї та неповнолітніх. Доводиться, що фактично шкода заподіюється суспільним відносинам у сфері сімейних відносин, а також відносинам, які забезпечують права та інтереси неповнолітніх. Указується, що дотепер законодавцем не проводилася систематизація кримінальних правопорушень проти сім'ї та неповнолітніх у системі норм Особливої частини КК України на підставі їх однорідності чи тотожності суспільних відносин. Пропонуються шляхи вирішення цієї проблеми.

Ключові слова: кримінально-правова охорона, родовий об'єкт, систематизація, кримінальні правопорушення проти сім'ї та неповнолітніх.

Резюме

Гальцова В.В. К вопросу уголовно-правовой защите семьи, прав и интересов несовершеннолетних в действующем Уголовном кодексе Украины.

В статье исследуются уголовные правонарушения против семьи, прав и интересов несовершеннолетних в нормах Особенной части Уголовного кодекса Украины.

Указывается, что эти уголовные правонарушения помещены законодателем в различных разделах Особенной части Уголовного кодекса и имеют разные родовые объекты. Такой подход законодателя является несовершеннолетним, поскольку не обеспечивает надлежащую уголовно-правовую защиту семьи и несовершеннолетних. Доказывается, что в данных уголовных правонарушениях вред причиняется общественным отношениям в сфере семейных отношений и несовершеннолетним. Акцентируется, что законодатель не систематизировал эти уголовные правонарушения в структуре Особенной части Уголовного кодекса Украины, исходя из их однородности или тождественности общественных отношений.

Ключевые слова: уголовно-правовая охрана, родовый объект, систематизация, уголовные правонарушения против семьи и несовершеннолетних.

Summary

Victoria Haltsova. On Legal Protection of Family, the Rights and Interests of Minors in the Current Penal Code of Ukraine.

The article looks into current state of legal protection of family, the rights and interests of minors within provisions of the Penal Code Special Part. It is noted that after the Penal Code 2001 Special Part took effect the legislator placed criminal offences against family, the rights and interests of minors in different Penal Code sections with different generic objects, same as the Penal Code 1960. Such an approach is defined as inappropriate as it doesn't ensure required level of legal protection of family and minors, as social relationships in terms of family relations are *defacto* at stake including relationships that ensure the rights and interests of minors. The article draws attention to the fact that the Ukrainian legislator recently has only improved some legal provisions that criminalise infringement of family and minors, the legislator however has never systematised criminal offences against family and minors within the Penal Code Special Part based on uniformity (similarity) of social relationships. The article quotes substantiated proposals repeatedly made by scientists in criminal law in which they say that criminal offences against family and minors have still not been systematised in the provisions of the Penal Code Special Part. The article gives arguments that family relations create an independent social life area in which legal relations are established (relations within family and raising minors) and represent an independent kind of relations with own structure and specificities. The article provides evidence that family, minors (children), family relations represent a single bloc of social relationships, the social relationships being united, interconnected and mutually reinforcing each other. In terms of axiological approach family relations as social value have particular importance for the state, society and person providing that the relations are based on love, care, understanding, loyalty, respect, support, sincerity, trust, harmony, responsibility, etc. The author defends necessity of integral legal protection of family, the rights and interests of minors in an independent section of the Penal Code Special Part which would criminalise socially dangerous infringements that harm above relationships.

Key words: legal protection, generic object, systematising, criminal offences against family and minors.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.66

УДК 343.851

Ю.О. ГЛОМБ

*Юрій Олександрович Гломб, суддя Рівненського окружного адміністративного суду, аспірант Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0001-8258-1168

**ПОПЕРЕДЖУЮЧИЙ МЕХАНІЗМ У ПРИЗМІ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА СТ. 384 КК УКРАЇНИ (ВВЕДЕННЯ В ОМАНУ СУДУ
АБО ІНШОГО УПОВНОВАЖЕНОГО ОРГАНУ)**

Постановка проблеми. Поступова реалізація Україною державної концепції вступу до Європейського Союзу, її політичний курс останнім часом суттєво наближають вітчизняне кримінальне законодавство до європейських цінностей. У всьому світі законодавство містить статті щодо кримінальної відповідальності за завідомо невірні свідчення – лжесвідчення. Але перш ніж карати, треба попередити особу щодо караності відповідно кримінального кодексу України та виду правопорушення. Не всі громадяни юридично обізнані (на відміну від судових експертів) та свідомо незалежні (наприклад, свідки або потерпілі). Особі (перекла-

© Ю.О. Гломб, 2020

* *Yuriy Glomb, Judge of Rivne District Administrative Court, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

дачу, оцінювачу, спеціалісту, свідку, потерпілому) може бути і невідома законодавча вимога надавати саме правдиві показання під час допиту або в суді. Яким чином відповідна особа повинна дізнатися про обов'язок надавати правдиві покази, свідчення?

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися багатьма вітчизняними ученими, зокрема, О.І. Габро, В.І. Борисовим, О.Я. Переверзою, В.І. Тютюгіним, М.В. Шепітько та іншими. Однак це питання є актуальним і сьогодні. В Україні, так як і в інших країнах, у законі про кримінальну відповідальність закріплена необхідність принципу особистої відповідальності за вчинений злочин. Світова криміналізація лжесвідчення (омани, неправдивих свідчень) допомагає посилити відповідальність особи (свідків, потерпілих, перекладачів, експертів, оцінювачів, а також розповсюджувачів неправдивої інформації) й стає міцним інструментом профілактики та боротьби з ним.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, мета даної статті полягає в тому, щоб дослідити попереджувачий механізм окремих статей кримінального кодексу України відносно кримінальної відповідальності за ст. 384 КК України, а саме, за введення в оману суду або іншого уповноваженого органу.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до сучасного кримінального законодавства кримінальна відповідальність настає лише за суспільно небезпечне діяння, а не за шкідливі думки, переконання, наміри або небезпечний стан особи¹. Так, згідно зі ст. 384 КК України кримінальна відповідальність настає за введення в оману суду або іншого уповноваженого органу. Саме лжесвідчення є суспільно небезпечним діянням, яке карається в усьому світі і є злочином, вираженим у свідомій дачі завідомо неправдивої інформації правоохоронним органам, суду або органам влади.

Відповідно до кримінального кодексу України завідомо неправдиве показання свідка, потерпілого, завідомо неправдивий висновок експерта, спеціаліста, складені для надання або надані органу, що здійснює досудове розслідування, виконавче провадження, суду, Вищій раді правосуддя, тимчасовій слідчій чи спеціальній тимчасовій слідчій комісії Верховної Ради України, подання завідомо недостовірних або підроблених доказів, завідомо неправдивий звіт оцінювача про оцінку майна, а також завідомо неправильний переклад, зроблений перекладачем у таких самих випадках, – караються виправними роботами на строк до двох років або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років². А ті самі дії, поєднані з обвинуваченням у тяжкому чи особливо тяжкому злочині, або зі штучним створенням доказів обвинувачення чи захисту, а також вчинені з корисливих мотивів, – караються виправними роботами на строк до двох років або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

Закріплення в законі як України, так і інших країн, про кримінальну відповідальність лише фізичної особи як ознаки суб'єкта свідчить про те, що законодавець зберігає принцип особистої відповідальності за вчинений злочин. Якщо особа діє від імені юридичної організації, все одно відповідальність особа нестиме як фізична особа³. Специфікою сучасних норм права є імперативність (категоричність, владність). Саме форма імперативності не допускає змін встановлених раніше вимог діяти відповідним чином. Імперативні норми права: 1) приписують чітко визначені дії; 2) закріплюють однозначний вичерпний перелік і зміст прав і обов'язків суб'єктів; 3) не припускають жодних відхилень⁴.

Таким специфічним і необхідним механізмом у кримінальному процесі є: 1) попередження осіб про кримінальну відповідальність та 2) приведення до присяги⁵.

Таке попередження здійснюється шляхом впливу на особисту свідомість та нормативну моральну складову. Попередження про кримінальну відповідальність і приведення до присяги є не тільки механізмом установлення обов'язку надавати лише правдиві відомості в показаннях під час досудового розслідування та в суді, а й засобом психологічного впливу на учасника кримінального судочинства⁶. Адресатом індивідуального попередження, що може розглядатися як один із видів спеціального попередження, є конкретна людина (особа), потенційно здатна скоїти правопорушення в силу зовнішніх (матеріально заохочувальних обставин, тиску з боку громадськості або сторони) та внутрішніх факторів (особистих морально-етичних норм, звичаїв, традицій, переконань, особистої приязні чи помсти, байдужості, відплат за вчинене та інших мотивів). Попереджування спонукає особистість ставитися серйозніше, уважніше та відповідальніше до надання будь-яких показань, відомостей, висновку, перекладу; не бути байдужим до слідчих або судових дій, викликів до суду, судового розгляду. Тим паче, більшість учасників процесу – це пересічні громадяни, які не мають спеціальної підготовки або професійних знань щодо юридичних норм та законів (на відміну, наприклад, від судового експерта) та які не бажають витрачати свій час на юридичні процедури, реагуючи повільно й байдуже. Вважаємо за доцільне, через попередження про кримінальну відповідальність учасників процесу, ставити їх в ситуацію вимушеного надання правдивої інформації, хіба й через страх відповідальності.

У таких попереджувальних або наказових висловленнях з індикативними формами завжди виражається волевиявлення стосовно майбутньої дії, яка однозначно сприймається як наказ. «Сила впливу вольового імпульсу залежить від особи, яка його сприймає: коли у процесі комунікації форми наказу адресовані залежному від законодавця „співрозмовникові”, то відтінки наказу набувають модальних значень категоричності. Загалом індикатив у значенні імператива при активному сприянні волі законодавця може мати конкретні модальні значення наказу, рекомендації, вимоги, дозволу, пропозиції, попередження, повідомлення, припису, санкції, розпорядження, пояснення, звернення, повинності, виконання, примусовості, заборони»⁴.

Що саме розуміють під поняттям «попереджати»? Словник української мови під дієсловом недоконаного виду «попереджати», «попереджувати» розуміє «наперед, заздалегідь повідомляти про щось», він має ряд синонімів: випереджати, попередити, запобігти, остерігати, сповіщати, відвертати, відводити та ін.⁷ Ака-

демічний тлумачний словник (1970–1980) трактує поняття «попереджати» як: 1) наперед повідомляти когонебудь про щось: а) сповіщати щонебудь комусь передусім, перш за все; б) вказувати на щонебудь; означати щонебудь; в) застерігати когонебудь від чогось; г) наказувати, пропонувати зробити щонебудь; д) висловлювати погрозу, суворо попереджати – накласти попередження; 2) своєчасними заходами запобігати здійсненню або виникненню чогонебудь, переважно небажаного; 3) передувати чому-небудь / кого/ що/ з'являтися швидко, блискавично, один поперед одним; пришвидшувати здійснення чогонебудь⁸. Зведений словник застарілих та маловживаних слів тлумачить поняття як: прогностичуючий – попереджуючий, попереджувальний. Також у сучасній науковій літературі зустрічається інша розповсюджена форма – превентивний. Словник чужомовних слів Павла Штепи трактує попереджуючий (засіб) як запобіжний, захисний⁹.

Проаналізуємо в призмі відповідальності за ст. 384 КК України попереджуючі механізми, а саме, в порівнянні усіх наявних механізмів впливу на осіб як учасників кримінального процесу.

Першою категорією, яку попереджає законодавець щодо настання кримінальної відповідальності, є свідок.

1. Свідка попереджає: 1) ст. 67 КПК України (яка в своїй назві вже акцентує увагу на «відповідальності свідка»), ч. 1, а саме, що свідок несе кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду або за відмову від давання показань слідчому, прокурору, слідчому судді чи суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом; 2) ст. 224 КПК України, ч. 3, а саме, у разі допиту свідка він попереджається про кримінальну відповідальність за відмову давати показання і за давання завідомо неправдивих показань, а потерпілий – за давання завідомо неправдивих показань. Та ч. 9 цієї ж статті дублюється за змістом, а саме: свідки попереджаються про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за давання завідомо неправдивих показань, а потерпілі – за давання завідомо неправдивих показань. Тобто ч. 9 повторюється, але в умовах (під час) проведення одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування причин розбіжностей у їхніх показаннях; 3) ст. 352 КПК України, ч. 1. Перед допитом свідка головуєчий встановлює відомості про його особу та з'ясовує стосунки свідка з обвинуваченим і потерпілим, чи отримав свідок пам'ятку про права та обов'язки свідка, чи зрозумілі вони йому, і в разі необхідності роз'яснює їх, а також з'ясовує, чи не відмовляється він з підстав, встановлених цим Кодексом, від давання показань, і попереджає його про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань та завідомо неправдиві показання.

Другою категорією, яку особисто попереджають щодо настання кримінальної відповідальності, є потерпілий.

2. Потерпілого попереджає: 1) ст. 224 КПК України, ч. 3. А саме, у разі допиту потерпілий попереджається про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань. Та ч. 9 цієї ж статті: потерпілі попереджаються про кримінальну відповідальність за давання завідомо неправдивих показань. Тобто ч. 9 дублює відповідальність, але в умовах (під час) проведення одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування причин розбіжностей у їхніх показаннях; 2) ст. 353 КПК України, ч. 1. Перед допитом потерпілого головуєчий встановлює відомості про його особу та з'ясовує стосунки потерпілого з обвинуваченим. Крім того, головуєчий з'ясовує, чи отримав потерпілий пам'ятку про права та обов'язки потерпілого, чи зрозумілі вони йому, і в разі необхідності роз'яснює їх, а також попереджає його про кримінальну відповідальність за завідомо неправдиві показання.

Третьою категорією, яку особисто попереджають щодо настання кримінальної відповідальності, є перекладач.

3. Перекладача попереджає ст. 68 КПК України, ч. 5. За завідомо неправильний переклад або за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків перекладач несе відповідальність, встановлену законом. Не вказуючи, що саме кримінальну відповідальність. Тобто законодавець попереджає перекладача щодо відповідальності, але не називає її. Однак під час судового засідання, серед суддів розповсюджена практика надання перекладачу пам'ятки та усного попередження про кримінальну відповідальність за правильність перекладу, та в деяких випадках вимагається оголошення присяги перекладачем.

Четвертою категорією, яку особисто попереджають щодо настання кримінальної відповідальності, є експерт.

4. Експерта попереджає: 1) ст. 70 КПК України (яка в своїй назві вже акцентує увагу на «відповідальності експерта»), ч. 1. За завідомо неправдивий висновок, відмову без поважних причин від виконання покладених обов'язків у суді, невиконання інших обов'язків експерт несе відповідальність, встановлену законом. Тобто законодавець підкреслює саме «встановлену законом», не називаючи відповідальність саме кримінальною. Так у ст. 101 (висновок експерта), ч. 3, вказано, що експерт дає висновок від свого імені і несе за нього «особисту» відповідальність; 2) ст. 102 КПК України (зміст висновку експерта), ч. 2. У висновку експерта обов'язково повинно бути зазначено, що його попереджено про відповідальність за завідомо неправдивий висновок та відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків. Так, закріплюючи дефініцію суворої відповідальності, законодавець у висновку експерта вбачає саме письмове попередження відповідальності за завідомо неправдивий висновок; 3) ст. 356 КПК України (допит експерта в суді), ч. 1. Після оголошення присяги експертом головуєчий попереджає експерта про кримінальну відповідальність за надання завідомо неправдивого висновку.

П'ятою категорією, яку особисто попереджають щодо настання кримінальної відповідальності, є спеціаліст.

5. Спеціаліста попереджає ст. 72 КПК України (відповідальність спеціаліста) ч. 2. За завідомо неправдивий висновок спеціаліст несе відповідальність, встановлену законом. Також не вказано законодавцем, що саме кримінальну відповідальність.

Шостою категорією, яку особисто попереджають щодо настання кримінальної відповідальності є оцінювач майна. Однак, сучасний КПК України не вбачає попереджувальної статті щодо відповідальності оцінювача. Наявність такого попередження і належного процесуального його оформлення гарантує відповідальність за ст. 384 ККУ. Її вбачає Закон України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні»¹⁰, а саме ст. 32 (відповідальність оцінювачів та суб'єктів оціночної діяльності) вказує, що оцінювачі та суб'єкти оціночної діяльності несуть відповідальність: 1) за порушення вимог цього Закону в порядку, встановленому законами; 2) за невиконання або неналежне виконання умов договору, зокрема за недостовірність чи необ'єктивність оцінки майна, відповідно до умов договору та закону; 3) відповідно до законів у межах положень та посадових інструкцій, що регламентують їх діяльність.

Стрімке зростання залучень спеціалістів, перекладачів та оцінювачів у кримінальний процес, як учасників процесу, зумовлює посилення необізнаності осіб щодо кримінальної відповідальності, особливостей кримінального процесу, його важливості (на відміну від адміністративного, господарського, цивільного), оскільки на розсуді завжди чиесь життя. На нашу думку, в законодавстві України є розбіжність щодо наявності відповідальності оцінювача, як такого, який відповідатиме за правопорушення згідно зі ст. 384. Але законодавець не передбачає відповідної статті, хоча називає у ст. 384 як відповідну окрему категорію відмінну від спеціаліста, експерта, перекладача. Відповідно до цього, доцільно обов'язкове введення в КПК статті «відповідальність оцінювача», де частину статті присвятити його правам та обов'язкам, тим самим унеможливити процес спотворення інформації, яку він надає у висновку та на законодавчому рівні закріпити дефініцію відповідальності.

Висновки. Встановлення та поглиблення актуальних питань сьогодення, а саме тих із них, які виникають під час проведення процесуальних дій, досудового розслідування й судового розгляду, а особливо питань відповідальності щодо правдивості показань, висновків, перекладу має важливе значення. Кожне практичне питання завжди повинно бути підтвержене теоретично, та навпаки. Кожне юридичне поняття слід ретельно дослідити як практичними співробітниками (а точніше підтвердити), так і науковцями окремих суміжних наук. Ця динаміка постійного оновлення кримінальних норм, їх удосконалення є природним процесом та важливою складовою кримінальної науки. Сучасне суспільство потребує сучасного законодавства, більш конкретного, точного та лаконічного.

У статті представлено попереджувачий механізм, який спрямований на подолання надання лжесвідчень. Модель попереджень має вигляд єдиного комплексу, елементами якого є протидія введення в оману суду або іншого органу. У призмі відповідальності за ст. 384 КК України попереджувачим механізмом є один із видів спеціального попередження конкретної особи, потенційно здатної скоїти правопорушення. Законодавець виділяє шість категорій осіб, яких попереджає щодо настання кримінальної відповідальності за введення в оману суду або іншого органу, а саме: свідка, потерпілого, експерта, перекладача, оцінювача, спеціаліста. Стратегія зниження криміногенного потенціалу в особи, яка надає покази або свідчення, висновок або оцінку, або здійснює переклад повинна бути реалізована передусім через попереджувальні заходи.

¹ Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Кримінальне право: навч. посіб. / за заг. ред. М.І. Хавронюка. Київ: Ваіте, 2014. 944 с. С. 164.

² Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 15.09.2020).

³ Якимовський Л.Л. Особливості суб'єктивних ознак завідомо неправдивого показання свідка. *Форум права*. 2012. № 4. С. 1097–1102. С. 1098–1099. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2012_4_184

⁴ Рогожа В.Г. Засоби вираження вольової модальності в текстах кодексів України: дис. ... канд. філол. наук: 10.02.01 / НАН України, Ін-т укр. мови. Київ, 2005. 221 с. С. 196–215.

⁵ Шепітько М.В. Лжесвідчення та лжеприсяга: проблема правової регламентації й виявлення неправди в показаннях. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2015. Т. 15. С. 313–320. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npouua_2015_15_35. С. 315.

⁶ Шепітько М.В. Присяга как средство психологического воздействия на участника уголовного судопроизводства. *Воронежские криминалистические чтения* : сб. науч. трудов. / под ред. О.Я. Баева. Воронеж : Издательский дом ВГУ, 2014. Вып. 16. С. 276–285.

⁷ Словник української мови: в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І.К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Т. 8. С. 188. URL: <https://uk.worldwidedictionary.org>

⁸ Словник української мови: в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І.К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1976. Т. 7. С. 187. URL: <http://sum.in.ua/s/poperedzhaty>

⁹ URL: <https://storinka-m.kiev.ua/article.php?id=1323>

¹⁰ Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2658-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2658-14> (дата звернення: 15.09.2020).

Резюме

Глоб Ю.О. Попереджувачий механізм у призмі відповідальності за ст. 384 КК України (введення в оману суду або іншого уповноваженого органу).

У статті представлено попереджувачий механізм, який спрямований на подолання надання лжесвідчень. Модель попереджень має вигляд єдиного комплексу, елементами якого є протидія введення в оману суду або іншого органу. У призмі відповідальності за ст. 384 КК України попереджувачим механізмом є один із видів спеціального попередження конкретної особи, потенційно здібної скоїти правопорушення. Законодавець виділяє шість категорій осіб, яких попереджає щодо настання кримінальної відповідальності за введення в оману суду або іншого органу, а саме: свідка, потерпілого, експерта, перекладача, оцінювача, спеціаліста. Стратегія зниження криміногенного потенціалу у особи, яка надає покази або свідчення, висновок або оцінку, або здійснює переклад, повинна бути реалізована передусім через попереджувальні заходи.

Ключові слова: лжесвідчення, введення в оману суду або іншого уповноваженого органу, попереджувачий механізм, категорії осіб.

Резюме

Глоб Ю.А. Предупреждающий механизм в призме ответственности по ст. 384 УК Украины (введение в заблуждение суда или иного уполномоченного органа).

В статье представлен предупреждающий механизм, направленный на преодоление предоставления лжесвидетельств. Модель предупреждений имеет вид единого комплекса, элементами которого является противодействие введению в заблуждение суда или иного органа. В призме ответственности по ст. 384 УК Украины предупреждающим механизмом является один из видов специального предупреждения конкретного лица, потенциально способного совершить правонарушение. Законодатель выделяет шесть категорий лиц, которых предупреждает относительно наступления уголовной ответственности за введение в заблуждение суда или иного органа, а именно: свидетеля, потерпевшего, эксперта, переводчика, оценщика, специалиста. Стратегия снижения криминального потенциала у лица, предоставляющего показания или свидетельства, заключение или оценку, или осуществляющего перевод, должна быть реализована прежде всего через предупредительные меры.

Ключевые слова: лжесвидетельство, введение в заблуждение суда или иного уполномоченного органа, предупреждающий механизм, категории лиц.

Summary

Yuriy Glomb. The warning mechanism in the prism of responsibility under Art. 384 of the Criminal code of Ukraine (misleading of court or other authorized authority).

The article presents a warning mechanism aimed at overcoming the provision of perjury. The model of warnings has the form of a single complex, the elements of which are counteraction to misleading the court or other authority. In the prism of liability under Article 384 of the Criminal Code of Ukraine, the warning mechanism is one of the types of special warning of a specific person potentially capable of committing an offense. The legislator distinguishes six categories of persons whom he warns of criminal liability for misleading a court or other authority, namely: witness, victim, expert, translator, appraiser, specialist. The strategy of reducing the criminogenic potential of a person who gives evidence or testimony, conclusion or assessment, or translates should be implemented primarily through preventive measures.

The addressee of an individual warning, which can be considered as one of the types of special warning, is a specific person (person), potentially capable of committing an offense due to external (materially encouraging circumstances, pressure from the public or party) and internal factors, personal moral and ethical norms, customs, traditions, beliefs, personal friendship or revenge, indifference, retribution and other motives). Warning encourages the individual to take more seriously, attentively and responsibly to provide any testimony, information, conclusion, translation; not to be indifferent to investigative or judicial actions, summonses to court, trial.

In warning or imperative statements with indicative forms, the will is always expressed in relation to future action, which is clearly perceived as an order. The strength of the influence of the volitional impulse depends on the person who perceives it. In the process of communication, the forms of the order are addressed to a person who depends on the legislator, respectively, and the nuances of the order acquire modal values of categoricalness.

The specificity of modern law is - imperative (categorical, authoritative). It is the form of imperative that does not allow changes in the previously established requirements to act accordingly. Imperative norms of law: 1) prescribe clearly defined actions; 2) establish an unambiguous exhaustive list and content of the rights and obligations of the subjects; 3) do not involve any deviations.

Key words: perjury, misleading court or other authorized body, warning mechanism, categories of persons.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.67

УДК 343.3

М.В. МИХАЙЛОВ

*Михайло Володимирович Михайлов, прокурор
Київської місцевої прокуратури № 1, аспірант Інсти-
туту держави і права імені В.М. Корецького НАН
України**

ORCID: 0000-0002-5448-5379

РЕТРОСПЕКТИВА НОРМАТИВНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ПОНЯТТЯ ПІДКУПУ ДЛЯ ОПИСУ КОРУПЦІЙНИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

Постановка проблеми. Поняття корупційного підкупу є визначальним для наукових досліджень кримінальної відповідальності за корупційні діяння. Нагальним є з'ясування кола кримінальних правопорушень, які варто охоплювати цим поняттям, що детермінує встановлення його змістовного наповнення. Визначенню етимології наповнення поняття корупційний підкуп сприятиме ретроспективний аналіз застосування поняття підкупу для законодавчого опису корупційних кримінальних правопорушень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості кримінально-правової протидії корупції в Україні досліджували такі науковці, як П.П. Андрушко, М.Г. Арманов, В.В. Березнер, О.З. Гладун, О.О. Дудоров, З.А. Загинеї, В.М. Киричко, О.О. Книженко, В.М. Куц, М.І. Мельник, Д.Г. Михайленко, В.О. Навроцький, А.С. Політова, А.В. Савченко, В.В. Сухонос, В.І. Осадчий, М.І. Хавронюк, Н.М. Ярмиш та інші. Однак термінологічна неузгодженість законодавства залишається й нині, що відкриває науці безмежний простір для пошуків найбільш виваженої концепції ефективної протидії корупції.

Метою статті є висвітлення хронології введення до національного кримінального законодавства поняття підкупу як основного елемента законодавчого опису корупційних діянь.

До кримінального законодавства це поняття потрапило недавно. Зокрема, ані Кримінальний кодекс 1960 р., ані Кримінальний кодекс 2001 р. у його першій редакції не оперували цим поняттям. Звісно, в цих кодифікованих нормативно-правових актах можливо зустріти поняття підкуп. Однак його використання не було жодним чином пов'язане зі спробами описання та законодавчого закріплення корупційних діянь у сфері службової діяльності.

Так, у Кримінальному кодексі 1960 р. поняття підкуп використовується при формулюванні диспозицій статей, якими передбачалась відповідальність за злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина. Зокрема у ч. 2 ст. 127 КК України 1960 р. підкуп визначений як кваліфікуюча ознака перешкоджання здійсненню громадянином України його виборчих прав або роботі виборчої комісії, вчиненого з метою вплинути на результати виборів. У ст. 129-1 цього ж Кодексу підкуп визначається як один із альтернативних способів вчинення порушення законодавства про референдум. Зокрема, диспозиція ч. 1 ст. 129-1 була сформульована наступним чином: «Перешкоджання шляхом насильства, обману, погроз, підкупу або іншим шляхом вільному здійсненню громадянином права брати участь у референдумі, вести агітацію до дня проведення референдуму»¹.

Окрім зазначеного у Кримінальному кодексі 1960 р. поняття підкуп використовувалося при формулюванні одного зі злочинів проти правосуддя, а саме в ст. 180 «Перешкоджання явці свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від дачі показань чи висновку, підкуп цих осіб або погроза помстою за раніше дані показання чи висновок». Диспозиція вказаної статті мала наступний вигляд: «Перешкоджання явці свідка, потерпілого, експерта до суду, органів попереднього слідства чи дізнання, примушування їх до відмови від дачі показань чи висновку, до дачі завідомо неправдивих показань чи висновку шляхом погрози вбивством, насильством, знищенням майна цих осіб чи їхніх близьких родичів або розголошення відомостей, що їх ганьблять, підкуп свідка, потерпілого чи експерта з тією ж метою, а так само погроза вчинити зазначені дії з помсти за раніше дані показання чи висновок»².

У чинному Кримінальному кодексі в його первозданному вигляді також використовувалось поняття підкуп відірвано від корупції у сфері службової діяльності та її проявів. Зокрема, так само за його допомогою визначались ознаки деяких злочинів проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина та одного злочину проти правосуддя.

Так, у ч. 1 ст. 157 КК України підкуп визначався як один із способів перешкоджання здійсненню виборчого права: «Перешкоджання насильством, обманом, погрозами, підкупом або іншим чином вільному здійсненню громадянином права обирати і бути обраним Президентом України, народним депутатом України,

© М.В. Михайлов, 2020

* *Mykhailo Mykhailov, Prosecutor of the Kyiv Local Prosecutor's Office № 1, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

депутатом Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатом місцевої ради або сільським, селищним, міським головою, вести передвиборну агітацію»³.

Так само поняття підкуп використовувалось і у ч. 1 ст. 160 КК України першої редакції при формулюванні законодавчого опису Порушення законодавства про референдум: «Перешкоджання насильством, обманом, погрозою, підкупом або іншим чином вільному здійсненню громадянином права брати або не брати участь у референдумі, вести агітацію до дня проведення референдуму»⁴.

Також підкуп був серед способів вчинення злочину, передбаченого ст. 386 «Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку»: «Перешкоджання з'явленню свідка, потерпілого, експерта до суду, органів досудового слідства, тимчасових слідчих та тимчасових спеціальних комісій Верховної Ради України чи дізнання, примушування їх до відмови від давання показань чи висновку, а також до давання завідомо неправдивих показань чи висновку шляхом погрози вбивством, насильством, знищенням майна цих осіб чи їх близьких родичів або розголошення відомостей, що їх ганьблять, або підкуп свідка, потерпілого чи експерта з тією самою метою, а також погроза вчинити зазначені дії з помсти за раніше дані показання чи висновки»⁵.

Окрім вказаного поняття підкуп вперше на законодавчому рівні було використано для визначення такого виду співучасті, як підбурювач: «Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення злочину»⁶, яке є майже незмінним і до сьогодні, не враховуючи відображення на ньому запровадження інституту кримінальних проступків.

До червня 2009 р. в національному кримінальному законодавстві поняття підкуп аж ніяк не асоціювалося з корупцією. Однак з прийняттям 11 червня 2009 р. Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (1508-VI)⁷ до Кримінального кодексу України мали бути внесені досить суттєві зміни. Зокрема, передбачалось доповнення Особливої частини Кодексу Розділом VII-A «Злочини у сфері службової діяльності в юридичних особах приватного права та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг».

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» було прийнято разом ще з двома законодавчими актами антикорупційної спрямованості, які мали бути введені в дію одночасно, зокрема це:

– Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» (1506-VI)⁸;

– Закон України «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень» (1507-VI)⁹.

Однак їх введення в дію неодноразово переносилося, а згодом 21 грудня 2010 р., у зв'язку з прийняттям Закону України «Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції» 2808-VI¹⁰, зазначені закони були визнані такими, що втратили чинність.

Водночас не можна применшувати значення вказаних нормативно-правових актів з точки зору появи та використання поняття підкуп саме як одного із проявів корупції. До кримінального законодавства потрапили дві статті, в яких використовувалось вказане поняття:

1) Стаття 235-4. Комерційний підкуп

1. Пропозиція, надання або передача службовій особі юридичної особи приватного права неправомірної вигоди за вчинення дії чи бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто надає чи передає такі вигоди, або в інтересах третіх осіб...

2) Стаття 235-5. Підкуп особи, яка надає публічні послуги

*1. Пропозиція, надання, передача аудитору, нотаріусу, експерту, оцінювачу, третейському судді або іншій особі, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, а також незалежному посереднику чи члену трудового арбітражу при розгляді колективних трудових спорів неправомірної вигоди за вчинення дії або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах особи, яка пропонує, надає чи передає такі вигоди, або в інтересах третіх осіб...*¹¹.

Крім того, відповідальність за підкуп вводилась і до Кодексу України про адміністративні правопорушення. При цьому під підкупом малося на увазі виключно корупційне правопорушення. Зокрема ст. 212-22 вказаного кодексу мала назву «Підкуп», яка есплікувалась у диспозиції: «Пропозиція або надання особі неправомірної вигоди (безпосередньо для неї чи для іншої особи) у розмірі, що не перевищує п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, у тому числі за ціною, нижчою за мінімальну ринкову»¹².

Остаточо до кримінально-правового вживання як форма корупції поняття підкуп увійшло разом з прийняттям у 2011 р. Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (3207-VI)¹³. Вказаним Законом було встановлено кримінальну відповідальність за такі форми корупційного підкупу, як:

– Комерційний підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми (ст. 368-3 КК України);

– Підкуп особи, яка надає публічні послуги (ст. 368-4 КК України);

– Провокація хабара або комерційного підкупу (ст. 370 КК України).

Розуміння поняття підкупу у вказаних статтях та його етимологічне розкриття у їх диспозиціях було схожим із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» (1508-VI)¹⁴.

Зокрема, ст. ст. 368-3 та 368-4 мали наступний вигляд:

Стаття 368-3. Комерційний підкуп службової особи юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми

1. Пропозиція, надання або передача службовій особі юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми неправомірної вигоди за вчинення дій чи бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах того, хто надає чи передає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб...

Стаття 368-4. Підкуп особи, яка надає публічні послуги

1. Пропозиція, надання, передача аудитору, нотаріусу, оцінювачу, іншій особі, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, але здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), неправомірної вигоди за вчинення дій або бездіяльність з використанням наданих їй повноважень в інтересах особи, яка пропонує, надає чи передає таку вигоду, або в інтересах третіх осіб...¹⁵.

У подальшому у 2013 р. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією»¹⁶ до Кримінального кодексу було внесено чергові зміни з удосконалення антикорупційного законодавства, якими поняття підкуп було впроваджено ще до однієї статті кодексу, а саме до ст. 354, якою до змін передбачалась відповідальність за одержання незаконної винагороди працівником державного підприємства, установи чи організації. Після набуття чинності вказаних змін 18 травня 2013 р. вказана стаття набула наступного вигляду:

Стаття 354. Підкуп працівника державного підприємства, установи чи організації

1. Пропозиція чи обіцянка працівнику державного підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, надати йому або третій особі неправомірну вигоду, а так само надання такої вигоди за вчинення чи невчинення працівником будь-яких дій з використанням становища, яке він займає, в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає таку вигоду, або в інтересах третьої особи...¹⁷.

Подальший законодавчий опис корупційних кримінальних правопорушень також вдавався до використання поняття підкупу для формулювання диспозиції ст. 369-3, якою передбачено кримінальну відповідальність за протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань. Вказані зміни були внесені до кримінального законодавства Законом України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань» (743-VIII)¹⁸. На той час вказана стаття мала наступний вигляд:

Стаття 369-3. Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань

1. Вплив на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу, примушування або підбурювання чи вступу у змову щодо результатів офіційного спортивного змагання з метою одержання неправомірної вигоди для себе чи третьої особи або одержання внаслідок таких діянь неправомірної вигоди для себе чи третьої особи...¹⁹.

Надалі поняття підкуп знайшло поширення сфери свого застосування в Кримінальному кодексі України шляхом його використання для визначення одного зі способів протиправної поведінки при вчиненні злочину, передбаченого ст. 149 КК України «Торгівля людьми».

Висновок. Розглянувши ретроспективу нормативного застосування поняття підкупу, можна дійти висновку, що воно не є абсолютно новим у сучасному національному законодавстві. Його використання при формулюванні кримінально-правових норм зазвичай було пов'язане з описом способу вчинення не корупційного злочину, а з 2001 р., у зв'язку з прийняттям нового Кримінального кодексу України, ще й з описом одного із способів підбурювання як виду співучасті.

Починаючи з 2009 р. поняття підкуп поступово вводилось до кримінального законодавства саме для позначення форми діяння при формулюванні диспозицій статей, якими передбачалась відповідальність за корупційні кримінальні правопорушення. Значного поширення в нормах Кримінального кодексу України це поняття отримало у 2011 р. з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». У подальшому його використання законодавцем для опису корупційних діянь тільки збільшувалось і на сьогодні воно здебільшого асоціюється саме з корупційними кримінальними правопорушеннями, хоча використовується в Кодексі і в інших випадках.

Таким чином, на теперішній час Кримінальний кодекс оперуючи поняттям підкуп, вживає його у двох іпостасях:

- перша етимологічно не пов'язує це поняття з корупцією;
- другий варіант вживання поняття підкуп змістовно пов'язаний з поняттям корупції і фактично є її текстуальним втіленням в кримінальному законодавстві.

¹ Кримінальний кодекс України: затверджений Законом від 28.12.1960 р. (2000-05). *Відомості Верховної Ради України*. 1961. № 2. Ст. 14. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2001-05#Text>

² Кримінальний кодекс України: затверджений Законом від 28.12.1960 р. (2000-05). *Відомості Верховної Ради України*. 1961. № 2. Ст. 14. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2001-05#Text>

³ Кримінальний кодекс України 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131, перша редакція. Прийняття від 5.04.2001 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/ed20010405#Text>

⁴ Там само.

⁵ Там само.

⁶ Там само.

⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2009. № 46. Ст. 699. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-17/ed20110105#Text>

⁸ Про засади запобігання та протидії корупції: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2009. № 45. Ст. 691. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1506-17/ed20100330#Text>

⁹ Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2009. № 45. Ст. 692. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1507-17/ed20091230#Text>

¹⁰ Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. № 25. Ст. 188. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2808-17#Text>

¹¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2009. № 46. Ст. 699. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-17/ed20110105#Text>

¹² Там само.

¹³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. № 41. Ст. 414. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3207-17/ed20110407#Text>

¹⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2009. № 46. Ст. 699. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-17/ed20110105#Text>

¹⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення: Закон України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. № 41. Ст. 414. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3207-17/ed20110407#Text>

¹⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2014. № 10. Ст. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/221-18/ed20130518#Text>

¹⁷ Там само.

¹⁸ Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2015. № 51. Ст. 472. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/743-19#n141>

¹⁹ Там само.

Резюме

Михайлов М.В. Ретроспектива нормативного застосування поняття підкупу для опису корупційних кримінальних правопорушень.

У статті представлено хронологію введення до національного кримінального законодавства поняття підкупу як основного елемента законодавчого опису корупційних діянь. Поняття корупційного підкупу є визначальним для наукових досліджень кримінальної відповідальності за корупційні діяння. Визначенню етимології поняття корупційний підкуп сприятиме ретроспективний аналіз застосування поняття підкупу для законодавчого опису корупційних кримінальних правопорушень.

Ключові слова: підкуп, корупційний підкуп, корупційні злочини, історично-правовий аналіз.

Резюме

Михайлов М.В. Ретроспектива нормативного применения понятия подкупа для описания коррупционных криминальных правонарушений.

В статье представлена хронология введения в национальное уголовное законодательство понятия подкупа как основного элемента законодательного описания коррупционных деяний. Понятие коррупционного подкупа является определяющим для научных исследований уголовной ответственности за коррупционные деяния. Определению этимологии понятия коррупционный подкуп будет способствовать ретроспективный анализ применения понятия подкупа для законодательного описания коррупционных уголовных правонарушений.

Ключевые слова: подкуп, коррупционный подкуп, коррупционные преступления, исторически-правовой анализ.

Summary

Mykhailo Mykhailov. Retrospective of normative application of the concept of bribery to describe corruption criminal offenses.

The article presents the chronology of the introduction of the concept of bribery into the national criminal legislation as the main element of the legislative description of corruption. The concept of corrupt bribery is crucial for research on criminal liability for corruption. A retrospective analysis of the application of the concept of bribery to the legislative description of corruption criminal offenses will help to determine the etymology of the concept of corruption bribery.

Based on the results of the retrospective review of the normative application of the concept of bribery, a number of conclusions have been made, in particular, that this concept is not completely new in modern national legislation. Its use in the formulation of criminal law has usually been associated with the description of how to commit a non-corruption crime, and since 2001, in connection with the adoption of the new Criminal Code of Ukraine, and with the description of one of the methods of incitement as complicity.

Beginning in 2009, the concept of bribery was gradually introduced into criminal law precisely to denote the form of action in the formulation of dispositions of articles that provided for liability for corruption offenses. This concept became widespread in the norms of the Criminal Code of Ukraine in 2011 with the adoption of the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Liability for Corruption Offenses." Later, its use by the legislator to describe acts of corruption only increased and today it is more associated with corruption offenses, although it is used in the Code and in other cases.

Thus, at present, the Criminal Code, using the concept of bribery, uses it in two guises: the first does not etymologically link this concept with corruption; the second variant of using the concept of bribery is substantively related to the concept of corruption and is in fact its textual embodiment in criminal law.

Key words: bribery, corruption bribery, corruption crimes, historical and legal analysis.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.68

УДК 343.14:343.985:343.35

А.В. РУСАЄВ

*Андрій Володимирович Русаєв, аспірант Національної академії внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0002-1239-5949

ОБСТАВИНИ ЩО ПІДЛЯГАЮТЬ ДОКАЗУВАННЮ У ПРОЦЕСІ РОЗСЛІДУВАННІ ДЕКЛАРУВАННЯ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ (аналіз судової практики)

Постановка проблеми. Україна наразі демонструє рішучі кроки в напрямі подолання корупції, однак є низка суттєвих перешкод щодо її мінімізації, особливо це стосується нормативного забезпечення діяльності правоохоронної діяльності.

Варто зазначити, що окрім прийняття нормативно правових актів у сфері протидії корупції (Закон України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р., Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14 жовтня 2014 р., усі антикорупційні стратегії до 2020 р. та інші.), було створено спеціальні органи, що спрямовані виключно на протидію цьому соціальному явищу. Це такі органи, як: Національне агентство з питань запобігання корупції (Закон України «Про запобігання корупції»), Національне антикорупційне бюро України (Закон України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р.), Державне бюро розслідувань (Закон України «Про Державне бюро розслідувань» від 12 листопада 2015 р.).

Поряд із введінням вказаних органів була внесена значна кількість змін до законодавства України, які були спрямовані на запобігання корупційних правопорушень. Вважаємо, що однією із суттєвих змін, які було запроваджено до Кримінального кодексу (далі – КК) України, є ст. 366-1 «Декларування недостовірної інформації». Як слушно зазначив В.В. Андрієшин, незважаючи на те, що ст. 366-1 КК України відсутня в переліку корупційних злочинів, який містить примітка до ст. 45 КК України, переконані, що суспільні відносини у сфері запобігання корупції є додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом цього злочину¹. На нашу думку, вказана стаття діє як профілактичний захід щодо запобігання вчиненню можливих значних за ступенем тяжкості корупційних злочинів.

Беззаперечним є те, що частково рівень корупції залежить і від ефективності проведення досудового розслідування уповноваженими органами. Одним із таких показників ефективності є швидке, повне та неупереджене розслідування кримінальних правопорушень, що певною мірою виявляється у належності та допустимості отриманих доказів. Тому, в контексті власного дослідження, вважаємо за доцільне розглянути обставини, що підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації на підставі аналізу судових рішень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. При дослідженні питань розслідування кримінальних правопорушень у сфері службової та професійної діяльності частково увага була приділена і окремим обставинам, що підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації такими вченими, як: В.А. Пересада, З.М. Топорецька, М.І. Хавронюк, А.М. Черенков, Р.І. Шама, Р.М. Шехавцов.

Водночас вважаємо, що недостатньо була приділена увага науковцями щодо повноти дослідження обставин, які підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації відповідно до Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України з урахуванням судової практики.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає у визначенні найсуттєвіших обставин, що підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації на підставі аналізу судових рішень. Задля досягнення вказаної мети потрібно розв'язати такі завдання: охарактеризувати ті обставини, що можуть підлягати доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації; проаналізувати ті судові рішення, які відображають обставини, що підлягають доказуванню при розслідуванні вказаного кримінального правопорушення; надати статистичні показники суттєвих особливостей обставин, що підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації на підставі аналізу судових рішень.

© А.В. Русаєв, 2020

* *Andrii Rusaev, Postgraduate student of the National Academy of Internal Affairs*

Виклад основного матеріалу. 27 жовтня 2020 р. Конституційний Суд України прийняв рішення за № 13-р/2020 у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України. Відповідним рішенням було визнано окремі положення Закону України «Про запобігання корупції» та ст. 366-1 КК України як такі, що не відповідають Конституції України, тобто є неконституційними. Це означає, що відповідні положення уже не є чинними на території нашої держави. Зі змісту згаданого рішення випливає, що скасування юридичної сили ст. 366-1 КК України зводилось до виведення суддів як суб'єктів вчинення злочину щодо декларування недостовірної інформації, оскільки, на їх думку, це порушує принцип їх незалежності. Внаслідок чого згадана стаття є декриміналізованою.

У зв'язку із прийняттям такого рішення та врегулювання ситуації в державі 2 листопада 2020 р. до Верховної Ради України надійшов проект Закону «Про відновлення дії окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» та Кримінального кодексу України» за № 4304, де пропонується відновити чинність згаданої статті. У вказаному законопроекті обґрунтовано доцільність відновлення юридичної сили як окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», так і ст. 366-1 КК України.

Окрім вищезгаданого законопроекту (№ 4304) 4 листопада 2020 р. надійшов до Верховної Ради України й інший за № 4304-1. Його основні положення також спрямовано на відновлення чинності окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» та ст. 366-1 КК України, проте із виключенням суддів як суб'єктів кримінального правопорушення.

З огляду на таку ситуацію та провівши аналіз вищенаведених нормативно-правових актів, на нашу думку, юридична сила окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» та ст. 366-1 КК України «Декларування недостовірної інформації» має бути відновлена, або ці норми потрібно прийняти із урахуванням певних змін, що не повинні виключати суддів, як можливих суб'єктів злочину за згаданою статтею. Головне, щоб такі дії держави відповідали Конституції України. Внаслідок цього у розглядуваній науковій статті матимемо на увазі, що «декларування недостовірної інформації» є злочином, який найближчим часом відновить свою юридичну дію як кримінально караний вчинок.

Перейдемо до розгляду обставин, що підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації.

Відповідно до ч. 2 ст. 91 Кримінального процесуального кодексу України доказування полягає у збиранні, перевірці та оцінці доказів з метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження².

Як слушно визначила О.В. Пчеліна, доказування в рамках кримінального провадження здійснюється шляхом доказування низки обставин, які сукупно дають змогу: встановити як наявність кримінального караного суспільно небезпечного діяння, так і наявність в ознаках скоєного діяння складу кримінального правопорушення; обрати вид і міру покарання; забезпечити відшкодування збитків, завданих злочином, та інших затрат, які пов'язані із провадженням досудового розслідування; поновити порушені кримінальним протиправним діянням права постраждалих осіб; попередити вчинення інших кримінальних правопорушень³.

Обставинами, що підлягають доказуванню, можна вважати систематизовані на основі норм кримінального та кримінального процесуального права фактичні дані, які як включаються у предмет доказування, так і виходять за його межі, не встановлення яких виключає повне та всебічне дослідження предмета доказування, оскільки це є необхідним для реалізації завдань кримінального провадження⁴.

Згідно зі ст. 91 КПК України у кримінальному провадженні підлягають доказуванню:

«1) подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення);

2) винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення;

3) вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат;

4) обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження;

5) обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання;

6) обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна, або призначалися (використовувалися) для схилення особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення чи винагороди за його вчинення, або є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов'язаного з їх незаконним обігом, або підшукані, виготовлені, пристосовані або використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення;

7) обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру»⁵.

Проаналізувавши коментар наведеної вище статті, можна зазначити, що вона відображає обставини, які вказують на наявність або відсутність у досліджуваному діянні складу злочину, що в подальшому впливають на визначення міри покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, або є підставами для закриття кримінального провадження⁶.

Частина 1 ст. 94 КПК України закріплює, що «слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення». Водночас ч. 1 ст. 89 цього правового акта передбачає, що саме суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення⁷. Тобто це означає, що ті докази, які оцінюють правоохоронні органи на етапі досудового розслідування, не носять ще характер остаточно допустимих при вирішенні справи у судовому провадженні та під час ухвалення судового рішення.

З огляду на вказане, саме суд відіграє вирішальну роль у визначенні допустимості того чи іншого доказу, ухвалює відповідне рішення на підставі оцінки допустимості, достовірності, достатності та належності доказів, які надали йому сторони на підтвердження своїх правових позицій. У цій площині суд має брати до уваги загально визнані в доктрині кримінального процесу критеріями допустимості доказів, а саме: 1) дотримання процесуальної форми отриманих доказів; 2) збирання доказів належним суб'єктом кримінального процесу; 3) належне джерело отримання доказів; 4) належний спосіб отримання доказів⁸.

Тому проаналізуємо судові рішення національних судів України і визначимо ті обставини, що підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації.

Розглянемо ухвалу Новоград-Волинського міськрайонного суду Житомирської області за № 1-кп/0285/420/17 від 7 червня 2017 р. Зміст справи вказує, що до суду надійшло клопотання прокурора про звільнення від кримінальної відповідальності особи у зв'язку з дійовим каяттям, яка обвинувачувалась у вчиненні злочину за ст. 366-1 КК України. Обвинувачена, перебуваючи на посаді начальника Новоград-Волинського міського відділу державної реєстрації актів цивільного стану з 18 серпня 2014 по 3 жовтня 2016 р., будучи суб'єктом декларування, умисно без поважних причин не подала декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (далі – декларація) за 2015 р., чим порушила вимоги, передбачені чинним законодавством України⁹.

Вчинення обвинуваченою особою кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366-1 КК України, підтверджується зібраними в кримінальному провадженні, відповідно до вимог КПК України, доказами, а саме:

1) «Копією особової картки відповідно до якої остання прийняла присягу державного службовця та 18.08.2014 р. прийнята на посаду начальника відділу ДРАЦС, з присвоєнням 13-го рангу державного службовця. Звільнена із займаної посади 03.10.2016 р. у зв'язку із виходом основного працівника згідно п. 2 ст. 36 Кодексу законів про працю України. За період державної служби стягнень не мала.

2) Копією присяги державного службовця, яку вона прийняла 18.08.2014 р.

3) Копією наказу управління юстиції у Житомирській області № 1154/11 від 18.08.2014 р. про призначення обвинуваченої на посаду заступника начальника служби-начальника відділу державної реєстрації актів цивільного стану по місту Новоград-Волинському реєстраційної служби Новоград-Волинського міськрайонного управління юстиції, на період відпустки по догляду за дитиною основного працівника.

4) Посадовою інструкцією начальника відділу державної реєстрації актів цивільного стану по місту Новоград-Волинському реєстраційної служби Новоград-Волинського міськрайонного управління юстиції затвердженою 03.08.2015 р., якою передбачено поширення на обвинувачену вимог Закону України «Про запобігання корупції».

5) Попередженням про спеціальні обмеження та необхідність подання декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави, встановлені Законом України «Про запобігання корупції», з яким обвинувачена ознайоmlена під підпис 18.08.2014 р.

6) Документом від 18.08.2016 р., який передбачає доведення до відома начальників міських відділів реєстрації актів цивільного стану рішення НАЗК № 2 та № 3 від 10.06.2016 р. про початок роботи системи подання декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави.

7) Документом від 06.09.2016 р., який передбачає доведення до відома начальників міських відділів реєстрації актів цивільного стану про необхідність отримання послуг електронного цифрового підпису для подальшого подання декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави.

8) Наказом № 1303/11 від 21.09.2016 р. про звільнення обвинуваченої з посади начальника Новоград-Волинського міського відділу державної реєстрації актів цивільного стану керівником територіального управління юстиції в Житомирській області з 03.10.2016 р., у зв'язку з виходом основного працівника.

9) Роздруківкою електронного запиту з Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, відповідно до якої обвинувачена подала вказану декларацію за 2015 рік 29.03.2017 р.

10) Показаннями обвинуваченої, яка пояснила факт неподання електронної декларації за 2015 рік недосконалім вивченням законодавства¹⁰.

З вищенаведеного випливає, що з п. 1 по п. 4 правоохоронні органи на етапі досудового розслідування довели факт того, що обвинувачена є суб'єктом декларування, тобто і суб'єктом злочину за ст. 366-1 КК України; з п. 5 по п. 7 органи досудового розслідування довели факт ознайомлення обвинуваченої з вимогами Закону України «Про запобігання корупції» та необхідністю подавати декларації у визначений термін, хоча цей факт можна було і не доводити, адже згідно зі ст. 68 Конституції України незнання законів не звіль-

няє її від юридичної відповідальності, тобто при призначенні на посаду обвинувачена вже повинна володіти цією інформацією; п. 8 встановлює факт, який показує настання моменту, коли особа зобов'язана була виконати свій обов'язок, що передбачений законодавством, шляхом подання декларації; п. 9 відображає те, що декларація все ж таки подана, хоча злочин вже вчинений, але це показує і те, що обвинувачена зрозуміла свою провину та намагається виправитись; п. 10 відображає те, що обвинувачена через свою неухважність, вчинила злочин.

Отже, відповідні докази, безумовно, вказують на доведеність усього складу злочину. За матеріалами справи обвинувачена визнала свою вину та була звільнена від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям.

Варто відзначити і ухвалу Шевченківський р-ного суду м. Києва (далі – суд № 1) за № 1-кп/761/1196/2018 від 19 лютого 2018 р. За матеріалами справи до суду № 1 надійшло клопотання прокурора про звільнення обвинуваченого № 1 від кримінальної відповідальності, передбаченої ст. 366-1 КК України у зв'язку з дійовим каяттям. Обвинувачений № 1, обіймаючи у період з 12 листопада 2015 р. по 6 квітня 2016 р. посаду начальника відділу експлуатації управління інфраструктури Головного управління Державної фіскальної служби України у м. Києві не подав декларацію особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування за 2016 р., чим вчинив згаданий злочин¹¹.

Зі змісту судового рішення випливає, що після того, як в судовому засіданні суддею був допитаний обвинувачений № 1, прокурор не володів цією інформацією. Зі слів обвинуваченого № 1, він подав спеціальну декларацію за 2016 р., проте в паперовому вигляді та за місцем роботи у відділ кадрів. Після цього прокурор заявив, що він не може підтвердити достовірність цих даних, оскільки працівники кадрів допитані не були. Внаслідок цього суд № 1 прийняв рішення про відмову в задоволенні зазначеного клопотання, оскільки не повною мірою були досліджені всі обставини у кримінальному провадженні. Окрім цього, суд № 1 зазначив, що з пояснень обвинуваченого № 1 вбачається, що умислу на неподання декларації у нього не було та доводи, наведені ним в судовому засіданні, прокурором не спростовані¹².

Як бачимо із вказаного рішення, прокурор суб'єктивну сторону злочину (форма вини, мотив, мета) обвинуваченого № 1 не довів при представленні свого клопотання, що й призвело до його незадоволення. З цього також випливає, що якщо при вирішенні справи по суті у судовому засіданні не буде доведено навіть один із складів злочину декларування недостовірної інформації – це й буде підставою для виправдання будь-якого обвинуваченого.

Звернемо увагу і на вирок Виноградівського районного суду Закарпатської області (далі – суд № 2) (справа № 299/3444/17) від 20 лютого 2018 р. За матеріалами справи особа (далі – обвинувачена № 2) обвинувачувалася в тому, що вона, будучи головним бухгалтером комунального підприємства «Королівська житлово-комунальна служба» та за сумісництвом головним бухгалтером КП «Веряцька житлово-комунальна служба», не подала декларацію у строк з 1 січня 2017 р. до 1 травня 2017 р. У судовому засіданні було допитано як обвинувачену № 2, так і двох свідків, а також досліджено докази, які вказували на те, що обвинувачена № 2 офіційно працювала на визначених посадах¹³.

У вказаній справі суд № 2 дійшов висновку, що в діях обвинуваченої № 2 відсутній склад злочину, передбаченого ст. 366-1 КК України. В основу доводів було покладено те, що не було доведено, що як на основному місці роботи так і за сумісництвом обвинувачена № 2 виконувала організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські функції на постійній основі. Посадова інструкція щодо неї як на основному місці роботи, так і за сумісництвом не видавалася. Окрім цього, посада головного бухгалтера в статутах визначених підприємств відсутня. Суд № 2 врахував і ту обставину, що обвинувачена № 2 подала зазначену декларацію 7 червня 2017 р. (кінцевий термін подання якої становив 1 травня 2017 р.), а тому в її діях відсутні два із основних елементів складу злочину – суб'єктивна сторона (умисел) та об'єктивна сторона¹⁴.

Суд № 2 також взяв до уваги і доводи обвинуваченої № 2, що вона не знала про обов'язок подавати вищевказану декларацію, з огляду на нечіткість та неясність законодавства. При цьому підкріпивши це позицією, яка висвітлена у рішенні Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) «Щокін проти України» від 14 жовтня 2010 р. щодо якості закону, тобто: «Він має бути доступним для заінтересованих осіб, чітким та передбачуваним у своєму застосуванні. Відсутність у національному законодавстві необхідної чіткості і точності порушує вимогу «якості закону». У разі коли національне законодавство припустило неоднозначне або множинне тлумачення прав та обов'язків осіб, національні органи зобов'язані застосувати найбільш сприятливий для осіб підхід. Тобто вирішення колізій у законодавстві завжди тлумачиться на користь особи». Як наслідок, суд ухвалив виправдувальний вирок¹⁵.

Таким чином, зі змісту судового рішення випливає, що слідчий під процесуальним керівництвом прокурора належним чином не оцінили докази на етапі досудового розслідування, що призвело до виправдувального вироку, адже обвинувачена № 2 не є суб'єктом злочину, а її суб'єктивна (винуватість у вчиненні злочину) та об'єктивна сторони (подія злочину) доведені не були.

На протиположну виснажену рішенню розглянемо і ухвалу Глобинського районного суду Полтавської області (далі – суд № 3) за № 1-кп/527/76/18 від 28 лютого 2018 р. За матеріалами справи головний бухгалтер (обвинувачений № 3) Святинівського КП «Ветеран» не подав декларацію за 2016 р., чим обвинувачувалася у вчиненні злочину, передбаченого ст. 366-1 КК України¹⁶. У змісті самого рішення згаданого суду № 3 не визначено, які докази були представлені прокурором. Проте обвинувачений № 3 у судовому засіданні пояснив, що вину у вчиненому злочині визнає повністю за обставин, які викладено в обвинувальному акті, щиро

розкаюється. Крім того, обвинувачений № 3 заявив клопотання про звільнення його від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки. З цього приводу суд № 3 дійшов висновку, що оскільки 28 листопада 2017 р. обвинувачений № 3 подав декларацію за 2016 р., тому на час кримінального провадження внаслідок зміни обстановки його діяння втратило суспільну небезпечність. Обвинуваченого № 3 було звільнено від кримінальної відповідальності¹⁷.

Очевидним у вищенаведеному рішенні є те, що органами досудового розслідування було доведено всі обставини кримінального правопорушення за ст. 366-1 КК України, тобто головний бухгалтер виконував організаційно-розпорядчі функції, тому і був суб'єктом вказаного злочину. Це пояснюється визнанням провини обвинуваченого № 3.

Не можемо оминати і вирок Вищого антикорупційного суду України (далі – ВАС) від 30 жовтня 2019 р. (справа № 760/4297/18). За матеріалами справи особа, будучи суддею (обвинувачена № 4), не подала у визначений законодавством час декларацію за 2015, 2016 та 2017 рр. роботи, окрім того, у 2018 р. не подала декларацію перед звільненням, а у 2019 р. – після звільнення. Після таких дій НАЗК кожного разу направляло на адресу обвинуваченої № 4 повідомлення про необхідність подачі декларації, однак вона її так і не надіслала у визначений законодавством спосіб¹⁸.

Загалом нами було проаналізовано понад 100 рішень національних судів України (100 %), з них 50 ухвал (25 – за 2017 р. та 25 – за 2018 р.) та 50 вироків (12 – за 2017 р., 13 – за 2018 р., 12 – за 2019 р., 13 – за 2020 р.).

Варто зауважити, що із проаналізованих рішень:

а) три рішення – об'єктивна сторона виражалася у поданні недостовірних відомостей у декларацію (3 % від загальної кількості проаналізованих);

б) 22 рішення – доведено, що обвинувачені під підпис ознайомилися з вимогами подачі декларації за місцем роботи, але не подали її (не включаючи усні повідомлення: на нарадах, особисто чи в телефонному режимі) (22 % від загальної кількості проаналізованих);

в) 13 рішень – доведено, що обвинувачені отримали електронний цифровий підпис, але все одно не подали декларацію (13 % від загальної кількості проаналізованих);

г) 100 рішень – доведено, що обвинувачені мали всі необхідні умови та технічну можливість подати декларацію (100 % від загальної кількості проаналізованих).

Показники у п.п. (б) та (в) відображають більшу імовірність доведеності органами досудового розслідування умислу особи на вчинення злочину, передбаченого ст. 366-1 КК України.

Висновки. З огляду на вищезазначене можна дійти висновку, що найсуттєвішими обставинами, які підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації, є винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета його вчинення; а також сама подія кримінального правопорушення. Водночас не можна віднести до суттєвих обставин, що підлягають доказуванню, місце вчинення кримінального правопорушення, оскільки у цієї категорії кримінальних правопорушень згадана обставина не впливає на його склад та призначення покарання.

¹ Андрієшин В.В. Кримінально-правова кваліфікація декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК України). *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2018. Вип. 2. С. 129. URL: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2018.11.161212>

² Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Редакція від 11.09.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

³ Пчеліна О.В. Обставини, що підлягають з'ясуванню під час розслідування кримінальних правопорушень, і їхнє місце у структурі окремої криміналістичної методики. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. Вип. 2 (31). С. 187. URL: [https://doi.org/10.32837/руув.v0i2\(31\).590](https://doi.org/10.32837/руув.v0i2(31).590)

⁴ Коць С. Спосіб вчинення як обставина, що підлягає доказуванню під час досудового розслідування створення не передбачених законом воєнізованих та збройних формувань. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. Вип. 3. С. 302. URL: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.3.50>

⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Редакція від 11.09.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / за заг. ред. проф. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.С. Шумила. Київ: Юстініан, 2012. С. 82.

⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. Редакція від 11.09.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

⁸ Дрозд В.Г., Абламський С.Є. Дотримання процесуальної форми як критерій допустимості доказів у кримінальному провадженні. *Сучасні досягнення країн ЄС та України в області права*. С. 152. URL: <https://doi.org/10.30525/978-9934-588-63-1.09>

⁹ Ухвала Новоград-Волинського міськрайонного суду Житомирської області від 7 червня 2017 р., судова справа № 1-кп/0285/420/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66971511>

¹⁰ Там само.

¹¹ Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 19 лютого 2018 р., судова справа № 761/3216/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72580090>

¹² Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 19 лютого 2018 р., судова справа № 761/3216/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72580090>

¹³ Ухвала Глобинського районного суду Полтавської області від 28 лютого 2018 р., судова справа № 299/3444/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72503402>

¹⁴ Вирок Виноградівського районного суду Закарпатської області від 20 лютого 2018 р., судова справа № 299/3444/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72301542>

¹⁵ Вирок Виноградівського районного суду Закарпатської області від 20 лютого 2018 р., судова справа № 299/3444/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72301542>

¹⁶ Ухвала Глобинського районного суду Полтавської області від 28 лютого 2018 р., судова справа № 299/3444/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72503402>

¹⁷ Ухвала Глобинського районного суду Полтавської області від 28 лютого 2018 р., судова справа № 299/3444/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72503402>

¹⁸ Вирок Вищого антикорупційного суду від 30 жовтня 2019 р., судова справа № 760/4297/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86528248>

Резюме

Русаев А.В. Обставини що підлягають доказуванню у процесі розслідуванні декларування недостовірної інформації (аналіз судової практики).

У статті проаналізовано обставини, які підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації. Автором проаналізовано окремі судові рішення, визначено певні їх закономірності, виділено окремі недоліки та прогалини нормативно-правових актів. Крім того, наведено обставини, що підлягають доказуванню при розслідуванні цієї категорії кримінальних правопорушень. Доведено, що важливими обставинами, що підлягають доказуванню при розслідуванні декларування недостовірної інформації, є: винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета його вчинення, а також сама подія кримінального правопорушення.

Ключові слова: доказування, декларування недостовірної інформації, судові рішення, розслідування, корупція.

Резюме

Русаев А.В. Обстоятельства что подлежат доказыванию в процессе расследовании декларирования недостоверной информации (анализ судебной практики).

В статье проанализированы обстоятельства, подлежащие доказыванию при расследовании декларирования недостоверной информации. Автором проанализированы отдельные судебные решения, определены некоторые их закономерности, выделены отдельные недостатки и пробелы нормативно-правовых актов. Кроме того, приведены обстоятельства, которые подлежат доказыванию при расследовании этой категории криминальных правонарушений. Доказано, что важными обстоятельствами, подлежащими доказыванию при расследовании декларирования недостоверной информации, являются: вина обвиненного в совершении криминального правонарушения, форма вины, мотив и цель его совершения, а также само событие криминального правонарушения.

Ключевые слова: доказывание, декларирование недостоверной информации, судебные решения, расследование, коррупция.

Summary

Andrii Rusaev. Circumstances to be proved in the procedure of investigation of inaccurate information (case law analysis).

The article analyzes the circumstances to be proved during the investigation of declaring unreliable information, the author analyzes some court decisions, identifies some of their patterns, highlights some shortcomings and gaps in the regulations. In addition, the circumstances to be proved in the investigation of this category of criminal offenses are hidden. It is proved that the important circumstances to be proved in the investigation of declaring unreliable information are: the guilt of the accused in committing a criminal offense, the form of guilt, motive and purpose of its commission; as well as the event of the criminal offense. During the preparation of the article the author used a comparative legal method, methods of analysis and induction, which led to the reasonable conclusion that the crime scene can not be attributed to significant circumstances to be proved, because in this type of crime it does not affect the composition of the criminal offense and sentencing.

It was also emphasized that the level of corruption partly depends on the effectiveness of the pre-trial investigation by the authorized bodies. One such indicator of effectiveness is the rapid, complete and impartial investigation of criminal offenses, which to some extent is reflected in the relevance and admissibility of the evidence obtained. Therefore, in the context of this study, the circumstances to be proved in the investigation of declaring unreliable information on the basis of the analysis of court decisions are considered. It is the court that plays a crucial role in determining the admissibility of a piece of evidence, makes a decision based on the assessment of the admissibility, reliability, sufficiency and appropriateness of the evidence provided by the parties to confirm their legal positions.

Key words: proof; declaring unreliable information; court decisions; investigation; corruption.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.69

УДК 343.915:364.048.6

І.В. СВЕТЛІЧНИЙ

*Ігор Валерійович Світлічний, аспірант Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, магістр міжнародного права, адвокат**

ORCID: 0000-0001-7328-548X

ВІДНОВНЕ ПРАВОСУДДЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРАВ ДІТЕЙ

Постановка проблеми. Кримінально-правова охорона прав дітей, які є в конфлікті з законом, потребує розвитку в кримінальному праві України та може бути гармонізована з правом ЄС шляхом більш широкого впровадження принципів відновного правосуддя з метою максимального виведення неповнолітніх правопорушників з кримінального процесу та запобігання скоєнню ними повторних злочинів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В українській юридичній літературі зазначена проблема є малодослідженою. Про необхідність застосування кращого зарубіжного досвіду кримінально-правової охорони прав дітей зазначали О.П. Горох, О.М. Костенко, Р.Г. Коваль, Х.І. Романюк, Л.Л. Гретченко та інші. Впровадження принципів відновного правосуддя залишилися поза увагою дослідників цієї теми.

Формулювання мети статті. Проілюструвати практику застосування кримінального закону щодо звільнення молодих людей від кримінальної відповідальності або покарання та запропонувати зміни до Кримінального кодексу України з урахуванням досвіду зарубіжних країн.

Виклад основного матеріалу. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про права дитини значну увагу приділяє зобов'язанням держав-учасниць, щоб кожна позбавлена волі дитина мала право на негайний доступ до правової та іншої відповідної допомоги (ст. 37 Конвенції) та забезпечення у складі мінімальних гарантій кожній дитині, яка, як вважається, порушила кримінальне законодавство чи обвинувачується в його порушенні, одержання правової й іншої необхідної допомоги при підготовці та здійсненні свого захисту (ст. 40 Конвенції)¹.

Декларація прав дитини, прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1959 р., також обумовлює, що дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження, а також принципом 8 імперативно закріплює право дитини за будь-яких обставин бути серед тих, які першими одержують захист і допомогу².

Гарантований Конвенцією механізм реалізації конституційних прав дитини розширює правові гарантії їх захисту через право на професійну правничу допомогу згідно зі ст. 59 Конституції України³.

Незважаючи на значну кількість наукових праць з цієї тематики, у законодавство не імплементовано визначення віку «молоді люди», відсутні можливості звільнення молодих людей від кримінальної відповідальності або покарання в разі вчинення ними окремих тяжких злочинів за умови застосування принципів відновного правосуддя, що й зумовлює актуальність дослідження.

У процесі дослідження використано як загальнонаукові методи – аналізу та синтезу для формулювання переліку найбільш загальних рис, притаманних сучасному вітчизняному науковому дискурсу, предметом котрого є проблематика кримінально-правової охорони прав неповнолітніх у кримінальному процесі, так і спеціальних – до прикладу, застосовано елементи контент-аналізу наукових досліджень щодо імплементації принципів відновного правосуддя.

Проблемними, згідно з науковими дослідженнями, залишаються питання кримінально-правової охорони прав дітей, зокрема, щодо притягнення до кримінальної відповідальності замість використання можливостей відновного правосуддя, медіації та примирення. Актуальною є проблема реалізації прав дитини у випадках, коли участь інших осіб, крім професійного адвоката, а саме батьків або законного представника, педагога чи психолога, а у відповідних випадках – лікаря, з тих чи інших причин не забезпечена.

Закон України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 р. визначає охорону дитинства в Україні як стратегічний загальнонаціональний пріоритет з метою забезпечення реалізації прав дитини, проте реалізація окремих положень є проблематичною⁴.

Крім цього, в законодавство більшості розвинутих країн світу імплементований значно вищий, ніж в Україні, вік, до якого молода людина має право на особливе піклування та підтримку, в тому числі звільнення від кримінальної відповідальності. У Нідерландах максимальний вік кримінальної відповідальності неповнолітніх – 21 рік. Суди Нідерландів мають повноваження використовувати положення ювенального кримінального права щодо осіб, старших 18 років, але які не досягли 21 року. Закон ФРН про суд у справах неповнолітніх

© І.В. Світлічний, 2020

* *Igor Svietchnyi, Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine, Master of International Law, Lawyer*

нолітніх встановлює, що під його дію підпадають підлітки у віці від 14 до 18 років і повнолітні особи від 18 років до 21 року, якщо вони залишилися в розвитку ще неповнолітніми або якщо вчинене ними діяння розглядається як типове. Кримінальний кодекс Швейцарії встановлює суб'єктні групи: діти від семи до 15 років, підлітки від 15 до 18 років, молодь у віці 18–25 років. Кодекс Швейцарії не містить переліку злочинів щодо кожної вікової групи. У країнах англосаксонської системи права суд може звільнити від кримінальної відповідальності неповнолітніх, якщо винний діяв без достатнього розуміння. Існує думка (Г. Андрусяк), що в разі встановлення вікової межі кримінальної відповідальності на дуже низькому рівні поняття відповідальності «стає безглуздим». В Україні вказані проблеми досліджуються, в тому числі Г. Андрусяком, Д. Сакалюк, К. Ілечко⁵.

Відповідні пропозиції (введення до чинного законодавства поняття «молоді люди» віком до 21 року) містяться, до прикладу, у дослідженнях О.П. Гороха, у проєкті нового кримінального кодексу робочої групи з питань розвитку кримінального права, що діє у складі Комісії з питань правової реформи при Президентові України, яка здійснює розробку нового Кримінального кодексу України та Кодексу України про проступки⁶.

Таким чином питання, пов'язані із захистом прав малолітніх та неповнолітніх осіб у кримінальному провадженні, кримінально-правової охорони їх прав актуальні та їх дослідження повинні бути під особливою увагою держави, виключаючи дослідження шкоди від застосування найжорстокіших заходів впливу.

Згідно з визначенням професора О.М. Костенка: «Держава має сприяти вихованню нового покоління громадян, створюючи у суспільстві умови для узгодження їхньої волі і свідомості із законами соціальної природи»⁷.

На сьогодні покарання не досягає мети виправлення правопорушника. Існує кращий спосіб вирішення питань, які турбують і потерпілого, і правопорушника. Це відновне правосуддя. У багатьох народів світу існували практики вирішення ситуацій, які сьогодні закон визначає як злочин. Традиційно люди розуміли відповідальність як процес, який походить від слова «відповідь», як вважає Р.Г. Коваль⁸.

Крім вищезазначеного, проблемою є імплементація принципів відновного правосуддя щодо неповнолітніх у випадку, коли позиція батьків або законного представника з тих чи інших об'єктивних причин є деструктивною. Законодавство в цій площині потребує вдосконалення, як зазначає у своїх дослідженнях Г.М. Колесник⁹.

В Україні з 11 років до 14 (у відповідних випадках – до 16) років, тобто до настання віку кримінальної відповідальності, до дитини, яка вчинила злочин, але не є суб'єктом злочину внаслідок віку, можуть бути застосовані примусові заходи виховного характеру (далі – ПЗВХ)¹⁰. Найжорстокішим примусовим заходом виховного характеру є поміщення дитини у спеціальну навчально-виховну установу, тобто виховну установу закритого типу, який застосовується у 12 відсотках судових рішень щодо застосування ПЗВХ (існує й інша думка, до прикладу, згідно з полемікою Н. Крестовської).

Кримінальний процес є найбільш травматичним для психіки дітей, як зазначає у своїх дослідженнях Л.М. Гридковець¹¹. Адвокат – єдина особа, без якого на практиці неможливий хід кримінального процесу за участю дитини. Такий висновок можемо зробити з системного аналізу ст. ст. 488, 491 КПК України¹². У деяких випадках батьки, близькі родичі чи законні представники дитини не з'являються для проведення процесуальних дій.

Відомий випадок з практики автора, коли 13-річного хлопця, який скоїв правопорушення, слідчі органи просили помістити у приймальник-розподільник, проте адвокат зміг цьому запобігти, що скоріше є винятком та щасливим збігом обставин для дитини, враховуючи, що близьких родичів у неї не було¹³.

Чи є актуальною проблема усічення процесуальних прав адвоката у випадках різних процесуальних статусів дитини – свідка, підозрюваного, потерпілого? Слід акцентувати, що відповідно до чинного Кримінального процесуального кодексу України при захисті підозрюваного та обвинуваченого захисник і підзахисний користуються найбільшою кількістю процесуальних прав, що передбачені ст. ст. 42, 46–48, 52–54 КПК України. Вказане відображає принцип сприяння захисту «*favor defensionis*», як зазначає у своїх дослідженнях Я.П. Зейкан¹⁴.

У випадку, коли адвокат представляє інтереси потерпілого, в тому числі неповнолітнього потерпілого, методом контент-аналізу КПК України виявлено, що права адвоката значно усічені, вказані права передбачені ст. ст. 55–59 КПК України. Ще більш усічені права адвоката при наданні правової допомоги свідку, вказані права передбачені ст. ст. 65, 66 КПК України¹⁵.

Відповідно до ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, діти, які перебувають у складних життєвих обставинах, діти, які постраждали внаслідок воєнних дій та збройних конфліктів, є суб'єктами права на безоплатну вторинну правову допомогу¹⁶.

Існуючі процеси (кримінальний, цивільний, адміністративний) не відповідають принципам дружності згідно з дослідженнями О. Лазаренка, який звертає увагу, що одним із основних міжнародних актів, положеннями якого встановлено принципи правосуддя, дружнього до дитини, є Керівні Принципи Організації Об'єднаних Націй стосовно дій в інтересах дітей в системі кримінального правосуддя. Вказане також відзначає у своїх дослідженнях Л.Л. Греченко¹⁷.

Під час кримінального провадження, особливо щодо неповнолітніх, мають бути гарантовані права підозрюваного та обвинуваченого, про що неодноразово зазначав Європейський суд з прав людини, до прикладу, у рішенні ЄСПЛ від 16 грудня 1999 р. у справі «Т. проти Великої Британії» та низці відповідних «клонових» рішень¹⁸.

Висновки. Кримінально-правова охорона прав дітей з метою максимального виведення неповнолітніх правопорушників з кримінального процесу та запобігання скоєнню ними повторних злочинів може бути значно посилена та гармонізована з правом ЄС шляхом широкого впровадження принципів відновного правосуддя, в тому числі відповідно до Стратегії Ради Європи з прав дитини (2016–2021 рр.)¹⁹.

Пропозиції автора включають збільшення віку настання кримінальної відповідальності, введення до чинного законодавства поняття «молоді люди» (віком до 21 року) та впровадження у законодавство можливостей для звільнення молодих людей від кримінальної відповідальності або покарання в разі вчинення ними окремих тяжких злочинів за умови застосування принципів відновного правосуддя.

¹ Конвенція про права дитини (ратифікована постановою ВР № 789-ХІІ від 27.02.1991 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021

² Декларація прав дитини (прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20.11.1959 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384#Text

³ Конституція України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/254к/96-вр>

⁴ Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III / База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>

⁵ Комітет НААУ захисту прав людини провів круглий стіл на тему: «Досвід застосування відновного правосуддя у країнах Європи: погляд адвоката». URL: <https://unba.org.ua/news/print/5707-komitet-naau-zahistu-prav-lyudini-proviv-kruglij-stil-na-temu-dosvid-zastosuvannya-vidnovnogo-pravosuddya-u-krainah-evropi-poglyad-advokata.html>

⁶ У НААУ відбулося фахове обговорення Загальної частини проекту нового КК України. URL: <https://unba.org.ua/news/print/5961-u-naau-vidbulosa-fahove-obgovorennja-zagalnoi-chastini-proektu-novogo-kk-ukraini.html>

⁷ Костенко О.М. Соціальний натуралізм. Про соціальну природу та її закони. Івано-Франківськ : Петраш К.Т., 2019. 72 с.

⁸ Інститут миру і порозуміння. URL: <https://rj.org.ua/>

⁹ Актуальні питання захисту неповнолітніх у кримінальних провадженнях при відсутності законного представника, або що заважає відновному правосуддю? URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/aktualni-pytannya-zahystu-nerovpolitnih-u-kruminalnyh-provadžhenнях-пу-vidsuthnosti-zakonnogo-predstavnyka-abo-shho-zavzhaye-vidnovnomu-pravosuddju/>

¹⁰ Кримінальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 3.06.2020 р. (офіц. текст). Київ: ПАЛИВОДА А. В., 2020. 212 с. (Кодекси України).

¹¹ Духовно-психологічні основи християнської психології : кол. моногр. / за ред. Гридковець Л.М. Львів: Скриня, 2015. 367 с.

¹² Представник НААУ долучився до обговорення нормативно-правової моделі досудового розслідування URL: <https://unba.org.ua/news/5957-predstavnik-naau-doluchivsia-do-obgovorennja-normativno-pravovoi-modeli-dosudovogo-rozsliduvannya.html>

¹³ Хроніки успішних та/або резонансних справ за участі адвокатів системи БВПД. URL: <https://www.legalaid.gov.ua/publikatsiyi/hroniky-uspishnyh-ta-abo-rezonansnyh-sprav-za-uchasti-advokativ-systemi-bvvpd/>

¹⁴ Светлічний І.В., Зейкан Я.П. Практика проваджень в антикорупційних справах : наук.-практ. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2020. 452 с.

¹⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 липня 2020 р. : (офіц. текст). Київ: Паливода А.В., 2020. 416 с. (Кодекси України).

¹⁶ Про безоплатну правову допомогу: Закон України: від 2.06.2011 р. № 3460- VI / База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>

¹⁷ У НААУ відбулося фахове обговорення ключових пріоритетів розбудови цілісної ефективної системи захисту прав та інтересів дитини в Україні. URL: <https://unba.org.ua/news/6050-u-naau-vidbulosa-fahove-obgovorennja-klyuchovyh-prioritetiv-rozbudovi-cilisnoi-efektivnoi-sistemi-zahystu-prav-ta-interesiv-ditini-v-ukraini.html>

¹⁸ Лист ВССУ від 16.01.2017 р. № 223-66/0/4-17 про практику здійснення судами кримінального провадження щодо неповнолітніх. URL: https://zib.com.ua/ua/print/127476-list_vssu_vid_16012017_223-6604-17_pro_praktiku_zdiysnennya_.html

¹⁹ Стратегія Ради Європи з прав дитини (2016–2021). URL: http://www.nsj.gov.ua/files/147679858320161003101948_CoE%20Strategy%20on%20children_ukr-1.pdf

Резюме

Светлічний І.В. Відновне правосуддя як елемент кримінально-правової охорони прав дітей.

Стаття висвітлює проблеми гармонізації кримінально-правової охорони прав дітей з метою максимального виведення неповнолітніх правопорушників з кримінального процесу та запобігання скоєнню ними повторних злочинів. Пропозиції щодо вдосконалення законодавства включають введення поняття «молоді люди» (до 21 року) та впровадження можливостей для звільнення молодих людей від кримінальної відповідальності або покарання за умови застосування принципів відновного правосуддя.

Ключові слова: кримінальне правопорушення, неповнолітні, молоді люди, кримінальне провадження, відновне правосуддя, звільнення.

Резюме

Светлічний І.В. Восстановительное правосудие как элемент уголовно-правовой охраны прав детей.

Статья освещает проблемы гармонизации уголовно-правовой охраны прав детей с целью максимального выведения несовершеннолетних правонарушителей из уголовного процесса и предотвращения совершения ими повторных преступлений. Предложения по совершенствованию законодательства включают введение понятия «молодые люди» (до 21 года) и внедрение возможностей для освобождения молодых людей от уголовной ответственности или наказания при условии применения принципов восстановительного правосудия.

Ключевые слова: уголовное преступление, несовершеннолетние, молодые люди, уголовное производство, восстановительное правосудие, освобождение.

Summary

Igor Sviatlichnyi. Restorative justice as an element of criminal protection of children's rights.

The article covers the issues of criminal law protection of the rights of minors in criminal proceedings, some problems of implementation of the principles of restorative justice for minors. In the context of social naturalism, the use of restorative justice for minors is considered.

The criminal process is the most traumatic for the psyche of children. A lawyer is the only person without whom it is impossible to conduct criminal proceedings with a child. Unfortunately, all other people may be absent. In some cases, the child's parents, next of kin or legal representatives do not appear in court, and the participation of the appointed legal representative remains formal.

As a matter of priority, in order to improve the situation regarding the criminal law protection of the rights of minors, it is expedient to start discussing systemic changes in national legislation and relevant work, including social work, which will create a basis for improving the protection of juvenile rights in criminal proceedings.

In conclusion, it should be concluded that only if all participants in criminal proceedings involving a child fully exercise their rights and properly perform their duties, the tasks of such criminal proceedings will be performed and the child's rights will be reliably protected.

Given the above, it can be reasonably argued that in the current legislation of Ukraine (as of the date of this article) there are problems of criminal protection of minors in criminal proceedings, problems of implementation of the principles of restorative justice for minors, including the issue of exemption from criminal liability. Ways to solve problematic issues are analyzed.

Some gaps in legislation that restrict or violate the rights of children in criminal proceedings need further settlement, including in accordance with Council of Europe priorities. Proposals to improve the legislation include the introduction of the concept of "young people" (up to 21 years) and the expansion of the possibility of releasing young people from criminal liability or punishment in case of committing certain serious crimes.

Key words: criminal offense, minors, young people, criminal proceedings, restorative justice, releasing.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.70

УДК 343.322

С.К. СЕРГІЄВСЬКИЙ

*Сергій Костянтинівич Сергієвський, співробітник Управління СБ України в Харківській області**

ORCID: 0000-0002-4078-9785

ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА РІЗНІ ФОРМИ ДЕРЖАВНОЇ ЗРАДИ

Постановка проблеми. Ганебна унікальність українського досвіду полягає в масовій державній зраді військових, співробітників правоохоронних структур, органів державної, судової та місцевої влади в окупованих Російською Федерацією Криму та окремих районах Донецької і Луганської областей. Так, в Криму зрадили присязі та державі, перейшовши на бік ворога, понад 99 % службовців Міністерства внутрішніх справ, близько 95 % військовослужбовців Управління Державної охорони, понад 85 % співробітників Служби безпеки України, близько 70 % прикордонників та військових Збройних Сил України. Загалом це понад 23,5 тисячі осіб¹. Зрадили в Криму присязі та Україні й прокурори, судді, депутати Верховної Ради АР Крим та міськради Севастополя. Масово зраджували державі та народу України й представники вищеназваних структур на окупованих територіях Донецької та Луганської областей. Робота з документування та розслідування фактів державної зради триває, частина розслідуваних кримінальних проваджень розглянуті в судах, винним винесені обвинувальні вироки. Разом із тим статистика свідчить про невідповідність реакції вітчизняної системи кримінальної юстиції масштабам цього явища.

За даними Генеральної прокуратури України, у 2013 р. було зареєстровано лише один випадок вчинення злочину «державна зрада», кримінальна відповідальність за який встановлена ст. 111 Кримінального Кодексу України (далі – КК України)². Натомість у 2014 р. зареєстровано 65 кримінальних проваджень за ст. 111 КК України, у 2015 р. – 80, у 2016 р. – 126, у 2017 р. – 89, у 2018 р. – 127, у 2019 – 123, за 11 місяців 2020 р. – 145³. Загалом із початку агресії Росії зареєстровано 755 кримінальних проваджень за ст. 111 КК України. Навіть враховуючи, що за окремими провадженнями розслідуються протиправні дії кількох осіб, зіставлення цієї цифри з кількістю зрадників на окупованих територіях свідчить про великий розрив між зрадою як явищем реального життя та правовим реагуванням на його вчинення, тобто відставання правоохоронної та правозастосовної систем від потреб сьогодення. А зволікання з адекватною правовою реакцією на масове вчинення особливо тяжкого злочину проти основ національної безпеки, яким є державна зрада, неприпустиме.

© С.К. Сергієвський, 2020

* *Sergii Sergiievskiy, Employee of the Office of the Security Service of Ukraine in the Kharkiv region*

Адже нема і не може бути злочинів, які не тягнули б за собою певних негативних змін, зрушень у соціальної дійсності, не деформували б тією чи іншою мірою стан системи основних суспільних відносин, не порушували б встановлений у суспільстві правопорядок⁴.

Така ситуація пояснюється, з одного боку, об'єктивними складнощами притягнення осіб, які перебувають на окупованій території, до кримінальної відповідальності, з іншого – окремими недоліками чинного законодавства та практики його застосування. У зв'язку з цим дослідження проблем кримінальної відповідальності за державну зраду та диференціацію такої відповідальності за окремі її форми є необхідним і своєчасним.

На сучасному етапі геополітичні виклики та соціально-політичний ландшафт України зумовили значну динаміку в практиці правозастосування норми про кримінальну відповідальність за державну зраду та детермінували потребу комплексного науково-теоретичного і законодавчого опрацювання питання про осучаснення ст. 111 КК України.

Вікно можливостей для амбітних планів осучаснення не лише окремих норм кримінального права, а всього правового поля нашої країни відкрилось 7 серпня 2019 р., коли Указом Президента України було утворено Комісію з питань правової реформи⁵, у складі якої сформовано робочу групу з питань розвитку кримінального права для розробки нового законодавства України про кримінальну відповідальність. Це завдання має бути вирішено з урахуванням поглиблення процесу інтеграції України та Європейського Союзу.

Зрозуміло, що в умовах протистояння нашої країни з державою-агресором одним із викликів для робочої групи є підвищення ефективності вітчизняного кримінального права як засобу боротьби із зовнішньою агресією. Одним із важливих та перспективних в аспекті удосконалення напрямків слід визначити актуалізацію та модернізацію групи правових норм, що встановлюють кримінальну відповідальність за злочини проти основ національної безпеки, у тому числі державну зраду. При цьому слід взяти до уваги проблеми та результати вітчизняної наукової дискусії щодо кримінальної відповідальності за ці злочини, а також позитивні приклади вирішення цих проблем у правових системах інших держав.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми кримінальної відповідальності за державну зраду у вітчизняній науці кримінального права досліджувались з часів встановлення незалежності такими ученими, як О.Ф. Бантишев, Ю.В. Баулін, В.О. Навроцький, В.Я. Тацій, М.І. Хавронюк та іншими. Переважно наукові роботи цих авторів, присвячених кримінальній відповідальності за державну зраду, носять характер науково-практичного коментування ст. 111 КК України або є частиною досліджень, спрямованих на вивчення більш загальних питань. У подальшому до названих вчених долучились, зокрема, Л.М. Демидова, З.А. Загинеї, О.В. Зайцев, Н.С. Кончук, Є.О. Письменський, В.Р. Філіпенко та інші, які розглядали різні аспекти кримінальної відповідальності за державну зраду в контексті зміни геополітичної ситуації та початку зовнішньої агресії проти України.

Разом із тим вказані науковці переважно досліджували питання практики застосування кримінальної відповідальності за злочин, передбачений ст. 111 КК України, а також звільнення від такої відповідальності на підставі ч. 2 цієї статті. При цьому аналізу окремих форм державної зради крізь призму ступеня їх суспільної небезпечності, що може стати підставою для диференціації кримінальної відповідальності, належна увага не приділялася.

Формулювання мети статті. Метою цієї статті є аналіз окремих форм державної зради з точки зору їх суспільної небезпечності і необхідності диференціації кримінальної відповідальності за їх вчинення, а також вироблення на підставі такого аналізу пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства та практики його застосування.

Виклад основного матеріалу Державна зрада, кримінальна відповідальність за вчинення якої передбачена ст. 111 Кримінального кодексу України, являє собою один із найбільш небезпечних злочинів проти основ національної безпеки України. Відповідно до цієї норми, державною зрадою є діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України: перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, шпигунство, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України.

Слід зазначити, що в 2014 р. Верховна Рада України, реагуючи на збройну агресію на східних кордонах нашої країни та анексію АР Крим та Севастополя, прийняла зміни до КК України, скасувавши строки давності для злочинів проти основ національної безпеки України, зокрема й за вчинення державної зради, та збільшивши мінімальну санкцію за вчинення цього злочину з 10 до 12 років позбавлення волі⁶. Також було встановлено додаткове покарання за державну зраду – конфіскація майна⁷.

Відповідно до диспозиції ст. 111 КК України, державна зрада може бути вчинена в трьох формах: 1) перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; 2) шпигунство; 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України. Оскільки склад цього злочину є формальним, то такі ознаки об'єктивної сторони злочину, як суспільно небезпечні наслідки та причинний зв'язок між суспільно небезпечним діянням і наслідками не є обов'язковими ознаками об'єктивної сторони складу цього злочину. Як слушно зазначає Н.С. Кончук, відповідальність за державну зраду настає незалежно від заподіяння конкретної шкоди, яка часто буває істотно віддаленою від діяння у часі, важко піддається конкретизації та доказуванню⁸.

Першою із передбачених в диспозиції ст. 111 КК України форм державної зради є перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. Йдеться як про фізичний перехід на сторону дер-

жави, з якою Україна перебуває у стані війни або збройного конфлікту, так і про надання допомоги цій державі. М.І. Хавронюк цілком слушно вказує, що в конкретних випадках цей злочин може полягати у вступі на службу до певних військових чи інших формувань ворожої держави (поліції, каральних загонів, розвідки), наданні засобів для вчинення злочинів агентам спецслужб іноземних держав, усуненні перешкод для їх вчинення або наданні зазначеним агентам іншої допомоги⁹.

Кримінальний закон вказує, що державна зрада у формі переходу на бік ворога може бути вчинена лише в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. Правовий режим воєнного стану та порядок його введення і скасування регламентуються Конституцією України, Законом «Про правовий режим воєнного стану», а також відповідним Указом Президента України про введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях, затвердженим Верховною Радою України.

На відміну від воєнного стану, поняття збройного конфлікту в чинному законодавстві України не визначено. В аспекті відповідальності за державну зраду М.І. Хавронюк зазначає, що такий конфлікт відбувається поза межами воєнного стану – у разі фактичного початку воєнних дій, але ще до оголошення воєнного стану, або взагалі у мирний час та є юридичним синонімом до поняття бойова обстановка. Далі науковець цілком слушно звертає увагу на те, що «збройний конфлікт може бути проявом гібридної війни – війни, основним інструментом якої є створення державою-агресором в іншій державі внутрішніх конфліктів з подальшим їх використанням для досягнення політичних цілей. Типовими компонентами гібридної війни є використання таких методів, спрямованих проти іншої держави: пропаганда з метою створення чи поглиблення в ній внутрішніх суспільних протиріч з переходом в інформаційну війну; створення економічних проблем з переходом в економічну війну та протидію економічним зв'язкам країни-жертви з іншими країнами; підтримка сепаратизму і тероризму; сприяння створенню нерегулярних збройних формувань, їх фінансування та матеріальне забезпечення тощо. При цьому держава-агресор намагається видаватися непричетною до розв'язаного конфлікту»¹⁰.

Зазначимо, що висновок про те, що збройний конфлікт може бути проявом гібридної війни цей науковець робить у Науково-практичному коментарі до Кримінального кодексу України, виданому у 2019 р. (11-те видання), тоді як в попередніх виданнях цієї праці таке розуміння збройного конфлікту було відсутнє¹¹. Солідаризуючись з М.І. Хавронюком, слід додати, що припустимим продовженням його думки буде вважати допомогу ворожій стороні в здійсненні інших перелічених автором проявів гібридної війни також переходом на бік ворога.

Прикладом вчинення державної зради в такій формі є дії військовослужбовця Збройних сил України, механіка-водія танкового взводу танкової роти танкового батальйону військової частини А2320, який у третій декаді березня 2014 р., знаходячись на території військової частини А2320 в с. Перевальне АР Крим, вчинив перехід на бік ворога у період збройного конфлікту, що виразилося: в отриманні паспорта громадянина Російської Федерації, виданого Федеральною міграційною службою 28 березня 2014 р., в укладанні контракту із командуванням ВМС ЗС Російської Федерації та фактичному проходженні військової служби за контрактом з 28 березня 2014 р. у військовій частині 13140 ВМС ЗС РФ, яка дислокується с. Перевальне АР Крим. 17 листопада 2015 р. Оболонський районний суд м. Києва встановив, що зазначена особа, будучи громадянином України та військовослужбовцем Збройних Сил України, маючи звання старший матрос, діючи умисно, усвідомлюючи суспільно небезпечний характер свого діяння та передбачаючи, що внаслідок його дій буде завдано шкоду державній безпеці України у вигляді заподіяння шкоди суверенітету, територіальній цілісності, обороноздатності, на порушення вимог ст. ст. 4, 65, 68 Конституції України, ст. ст. 1, 17 Закону України «Про оборону України», ст. ст. 9, 11, 14, 16, 37, 40 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України, ст. ст. 2, 4, 6 Дисциплінарного статуту Збройних Сил України та ст. ст. 1, 2, 3, 6, 8, 23, 24 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу», вчинив перехід на бік ворога у період збройного конфлікту. За вказані дії зазначену особу судом було визнано винним у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 111, ч. 1 ст. 408 КК України («Дезертирство»). та призначено покарання із застосуванням ст. 69 КК України у виді позбавлення волі на строк семи років без конфіскації майна та з позбавленням військового звання – старший матрос¹².

Друга форма державної зради – шпигунство. Поняття «шпигунство» визначено в ч. 1 ст. 114 КК України як передача або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам відомостей, що становлять державну таємницю. Поняття відомостей, що становлять державну таємницю, визначено в ст. 1 Закону «Про державну таємницю».

Із законодавчого визначення шпигунства випливає, що з об'єктивної сторони воно може характеризуватися: 1) передачею іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам відомостей, що становлять державну таємницю; 2) збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам відомостей, що становлять державну таємницю. Шпигунство є злочином з усіченим складом, оскільки воно вважається закінченим з моменту початку збирання зазначених відомостей або з моменту їх передачі¹³.

Прикладом державної зради у формі шпигунства є дії особи, засудженої 6 червня 2017 р. вироком Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області. Встановлено, що ця особа під час проходження військової служби в Збройних Силах України у військовому званні «майор» на посаді заступника командира 3 авіаційної ескадрильї по роботі з особовим складом 7 бригади тактичної авіації ім. П. Франка Повітряних Сил Збройних Сил України, діючи умисно, з корисливих мотивів, на шкоду суверенітету, територіальній

цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній та інформаційній безпеці України, в період з червня по вересень 2014 р., вчинив державну зраду у формі шпигунства, тобто передачі представникам іноземної держави – Російської Федерації відомостей, що становлять державну таємницю, а також у формі надання представникам іноземної держави допомоги у проведенні підривної діяльності проти України, шляхом підготовки, планування та спроби виконати злочинне завдання останніх щодо заволодіння військовим літаком Збройних Сил України та здійснення перельоту ним на територію РФ або на тимчасово окуповану територію України – АР Крим. За вчинення цього злочину призначене покарання у виді позбавлення волі строком на 12 років¹⁴.

Аналіз наведеного прикладу показує, що перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та шпигунство є формами надання допомоги у проведенні розвідувально-підривної діяльності, на що цілком слушно звертає увагу З.А. Загинеї¹⁵.

Наступною, третьою з передбачених у ст. 111 КК України формою державної зради є надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України. Ця форма трактується науковцями досить широко, а саме як надання будь-якої допомоги зазначеним суб'єктам в проведенні підривної діяльності проти України. В.Я. Тацій звертає увагу на те, що при цій формі не має значення, як діяла особа – за завданням іноземної держави чи з власної ініціативи. Цією формою охоплюються і випадки, коли особа, за завданням іноземних держав або їх представників, організовує (або вчинює) на шкоду інтересам України будь-який інший злочин проти основ національної безпеки України (наприклад, диверсію, посягання на життя державного чи громадського діяча). У таких випадках відповідальність повинна наставати за сукупністю злочинів У цій формі державна зрада вважається закінченою з моменту, коли особа фактично почала надавати допомогу іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам у проведенні підривної діяльності проти України¹⁶.

Також М.І. Хавронюк уточнює, що під іноземною організацією, як випливає зі змісту диспозиції ст. 111, слід розуміти будь-яку державну чи недержавну установу, підприємство, об'єднання, орган іншої країни, у тому числі політичну партію, релігійну організацію, комерційне підприємство, а також міждержавну чи міжнародну організацію, у тому числі неофіційну, нелегітимну чи злочинну («тіньовий» уряд у вигнанні, міжнародна терористична організація тощо), крім офіційної міжнародної організації, членом якої є Україна. Іноземною організацією є й військова, політична, економічна, фінансова, прикордонна чи інша розвідка. Дослідник також вважає, що іноземною за певних обставин може бути визнана й організація, зареєстрована в Україні, а представником іноземної організації не обов'язково є іноземець чи особа без громадянства¹⁷.

Прикладом вчинення державної зради у цій формі можуть слугувати дії особи, засудженої 10 грудня 2019 р. заочним вироком Святошинського районного суду міста Києва за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 111 КК України до 14 років позбавлення волі. Колишній депутат Верховної Ради АР Крим VI скликання, брала участь у засіданнях Верховної Ради АР Крим, на яких прийнято постанову «О незалежності Крима», згідно з якою створено нелегітимне державне утворення «Республіка Крим», а також постанову «О правоприємстві Республіки Крим». Крім того, ця особа взяла участь у позачерговому засіданні незаконно створеного органу «Государственный Совет Республіки Крим», чим забезпечила функціонування вказаного незаконно створеного органу, на засіданні якого прийнято так звану «Конституцію Республіки Крим», відповідно до якої «Республіка Крим стала невід'ємною частиною території Російської Федерації». Ці дії в подальшому призвели до окупації півострова Крим та були кваліфіковані як надання іноземній державі допомоги в проведенні підривної діяльності проти України¹⁸.

Зазначимо, що в період з 2014 по 2019 рр. лише щодо 97 осіб, звинувачуваних в державній зраді, судові рішення набрали законної сили. Тому, очевидно, що ці рішення лише намічають тенденції підходів судової влади до вирішення комплексу питань щодо кримінальної відповідальності за державну зраду, але не можуть слугувати для глибокого аналізу цих підходів – кількість недостатня для дослідження¹⁹.

Слід також звернути увагу на ту обставину, що, на відміну від заочних вироків, при ухваленні рішень за участі особи, яка вчинила розглядувану форму державної зради, переважно покарання призначається із застосуванням ст. 69 КК України, тобто більш м'яке, ніж передбачене законом²⁰. Така судова практика є певним підтвердженням того, що інше сприяння у здійсненні підривної діяльності проти України розцінюється судами як менш тяжкий злочин порівняно з іншими формами державної зради – переходом на бік ворога в умовах воєнного часу або збройного конфлікту та шпигунства.

Водночас можна констатувати, що зберігається тенденція, про яку зазначала Л.П. Брич: «вивчення та узагальнення судової практики в кримінальних справах приводить до висновку, що в сучасний період у ній – суцільний різнобіч»²¹. Так, мають місце різні підходи до кваліфікації, схожої за більшістю ознак складу злочину протиправної поведінки українських правоохоронців та державних службовців, які в період з березня 2014 р. активно долучились до діяльності нелегітимних органів управління в так званих «ДНР» та «ЛНР», а також в Криму та Севастополі.

За вчинення таких дій громадянам України, які мешкали в АР Крим та в Севастополі, інкримінується державна зрада. Зокрема, Генеральна прокуратура відкрила кримінальні провадження щодо 413 колишніх працівників прокуратури Криму, яких підозрюють у державній зраді. Слідчі встановили, що ці працівники прокуратури Криму, обіймаючи посади прокурорсько-слідчих працівників органів прокуратури України, перейшли на роботу до незаконно створеної прокуратури Республіки Крим, чим сприяли представникам Росії у проведенні підривної діяльності проти України²². Також Генеральна прокуратура повідомила про

підозру про державну зраду 276 суддям Криму, які всупереч вимогам законодавства України, порушуючи присягу судді, після анексії Росією півострова Крим з березня 2014 р. почали здійснювати «правосуддя» у так званих судах Республіки Крим та протиправно приймати судові рішення. У листопаді-грудні 2014 р. вони, відповідно до указів президента країни-агресора «Про призначення суддів федеральних судів», перейшли на службу до вказаних незаконно створених судів²³. Крім того, аналогічним чином кваліфікуються дії військовослужбовців СБУ: на офіційному сайті Служби безпеки України опубліковано «Список колишніх співробітників СБ України, які зрадили присязі і перейшли на бік ворога», до якого включено 1402 особи з числа співробітників центрального управління, регіональних органів та органів військової контррозвідки з дислокацією в АР Крим та м. Севастополі²⁴.

У березні 2020 р., в шосту річницю проведення «псевдореферендуму» в Криму, Прокуратура Автономної Республіки Крим звітувала, що до українських судів направили 91 звинувачення проти кримських і севастопольських депутатів, які сприяли проведенню голосування. Крім того, прокуратура оголосила про підозру у вчиненні державної зради, посяганні на територіальну цілісність і недоторканність України, вчинення дій, спрямованих на захоплення державної влади і оголосила в розшук незаконно призначених голову та одного з членів «Виборчої комісії республіки Крим», які забезпечували організацію і проведення вищевказаного «референдуму»²⁵.

Натомість, у Донецькій області факти переходу співробітників правоохоронних органів, прокуратури, судів тощо на бік незаконних структур так званих «ДНР» та «ЛНР» неодноразово кваліфіковано як участь та сприяння діяльності терористичної організації (ч. 1 ст. 258-3 КК України). Зокрема, в серпні 2015 р. прес-служба Прокуратури Донецької області повідомила про направлення до суду обвинувального акта для заочного засудження так званого «в.о. Міністра внутрішніх справ «ДНР»». Слідчим управлінням прокуратури Донецької області було проведено досудове розслідування у кримінальному провадженні стосовно колишнього заступника начальника управління – начальника відділу боротьби з торгівлею людьми управління боротьби зі злочинами, пов'язаними з торгівлею людьми ГУМВС України в Донецькій області Олексія Дікого. Під час досудового розслідування прокуратурою встановлено, що у травні-червні 2014 р. О. Дікій, порушуючи присягу працівника органів МВС України, разом із представниками терористичної організації «ДНР» брав участь у захопленні адміністративної будівлі УБОЗ в Донецькій області в місті Донецьку.

Цікаво, з точки зору подальшої кваліфікації злочинної поведінки обвинуваченого, звучить фраза з повідомлення прес-служби: «залишившись на окупованій бойовиками території, міліціонер-зрадник безпосередньо став членом терористичної організації «ДНР»». У 2014 р. колишнього правоохоронця було призначено на посаду першого заступника Міністра внутрішніх справ «ДНР»». А вже на початку 2015 р., після присвоєння звання «Герой Донецької Народної Республіки», О. Дікого було призначено на посаду в.о. Міністра внутрішніх справ терористичної організації «ДНР»». У повідомленні прес-служби зазначається, що О. Дікому повідомлено про підозру у скоєнні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 258-3 КК України – участь у терористичній організації²⁶.

Аналогічним чином кваліфіковано злочинну поведінку колишнього прокурора, який звільнившись восени 2014 р. з посади начальника одного із відділів прокуратури Донецької області, від 2015 р. співпрацює з терористичною організацією «ДНР»». За повідомленням прес-служби прокуратури Донецької області, дії обвинуваченого кваліфіковано як участь та сприяння діяльності терористичної організації (ч. 1 ст. 258-3 КК України). Обвинувальний акт спрямовано до суду для проведення заочного судового розгляду. Знову звертає на себе увагу формулювання в публікації: «Зараз 41-річний зрадник обіймає посаду «начальника управління нагляду за виконанням законів Генеральної прокуратури ДНР»». У публікації повідомляється, що «посідаючи псевдопосаду, посібник терористів надає злочинні накази, вказівки підпорядкованим йому особам щодо організації та контролю проведення слідства та перевірок, санкціонує незаконні затримання, приводи та розшуки осіб і вчиняє інші протиправні дії, направлені на порушення конституційних прав громадян України, що проживають на тимчасово окупованій території Донецької області»²⁷.

В обох наведених прикладах фігурантів називають зрадниками, але обвинувачують в участі та сприянні діяльності терористичної організації.

Доречним буде згадати раніше висловлену думку, що виконання громадянами України функцій представників влади Російської Федерації, а також входження їх до складу терористичних організацій «ДНР» та «ЛНР» фактично є переходом на бік ворога в умовах збройного конфлікту та завданням тим самим шкоди суверенітету, територіальній цілісності та незалежності, обороноздатності, державній, економічній та інформаційній безпеці України, що має бути кваліфіковано як державна зрада²⁸.

Корисним для перегляду підходів щодо кваліфікації дій зрадників на тимчасово окупованих територіях Донецької та Луганської областей є приклад М.І. Хавронюка, який переглянув свою попередню позицію, що «не є ворожими незаконні формування сепаратистського, ультрареакційного характеру, які ведуть боротьбу з легітимними органами влади України»²⁹, яку він висловив в 2012 р. У 2019 р. М.І. Хавронюк вже був впевнений, що «перехід на бік ворога в період збройного конфлікту може мати місце і в формі вступу громадянина України до незаконних формувань сепаратистського, ультрареакційного характеру, терористичних організацій, які ведуть боротьбу з легітимними органами влади України»³⁰.

При визначенні причин та шляхів подолання вищевикладених проблем кваліфікації злочинів, вчинених на окупованих територіях України, заслугоує уваги думка Т.А. Леснієвські-Костаревої, згідно з якою помилки правозастосування багато в чому зумовлені неясністю, недостатньою чіткістю правових приписів. З ана-

лізу судово-слідчих помилок застосування кваліфікуючих ознак видно, що не останню роль в ускладненні цих тлумачень відіграють недоліки їх законодавчого формулювання³¹. Саме на цю проблему вказують вітчизняні дослідники: воєнний стан на території України не вводився, а наявність збройного конфлікту ніяк законодавчо не визначено. Низький рівень нормативного регулювання цього питання і суперечливість законодавства України призводять до виникнення проблеми кваліфікації переходу на бік ворога в період збройного конфлікту та, відповідно, унеможливають призначення належного покарання винному³².

Як реакція на проблему недостатньої ефективності правового забезпечення захисту основ національної безпеки слід розглядати ініціативи прийняття законів, які, зокрема, передбачають внесення змін до ст. 111 КК України.

Так, у проєкті Закону України від 17 грудня 2019 р. № 2612 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони сепаратних переговорів з представниками держави агресора» пропонується доповнити ст. 111 КК України новою частиною, у якій встановити кримінальну відповідальність за державну зраду, вчинену шляхом вступу, без належного уповноваження органів державної влади України, в переговори з питань внутрішньої, зовнішньої політики України з посадовими особами іноземної держави, визнаної Верховною Радою України агресором. У законопроєкті передбачається встановити за вказані дії покарання позбавленням волі на строк від тринадцяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої³³.

Головне науково-експертне управління Верховної Ради, проаналізувавши поданий законопроєкт, дійшло висновку, що за результатами розгляду в першому читанні законопроєкт доцільно відхилити. Підставами для такої пропозиції є низка порушень юридичної техніки та змістовні протиріччя між законопроєктом та чинним законодавством³⁴. Отже, на сьогодні є малоімовірним втілення ідеї авторів законопроєкту про криміналізацію сепаратних переговорів з представниками держави-агресора.

Слід зазначити, що в Кримінальному кодексі Республіки Казахстан передбачена відповідальність за сепаратистську діяльність (ст. 180). Кримінально караними згідно цієї норми є пропаганда або публічні заклики до порушення унітарності та цілісності Республіки Казахстан, недоторканності і невідчужуваності її території або дезінтеграції держави, а так само виготовлення, зберігання з метою розповсюдження або розповсюдження матеріалів такого змісту (максимальна санкція – позбавлення волі на строк до семи років). Додатковою кваліфікуючою ознакою, яка підвищує ступінь суспільної небезпеки та, відповідно, кримінальну санкцію (позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років), є вчинення тих самих дій особою з використанням свого службового становища або лідером громадського об'єднання, або з використанням засобів масової інформації або мереж телекомунікацій, або групою осіб або групою осіб за попередньою змовою, в тому числі з використанням коштів, отриманих з іноземних джерел³⁵. Таким чином, вказівка на вчинення злочину з використанням коштів з іноземних джерел надає складу злочину, передбаченого ст. 180 КК Республіки Казахстан, спільних ознак зі складом злочину, передбаченого ст. 111 КК України. Адже цей елемент диспозиції ст. 180 КК Республіки Казахстан корелюється з визначенням вітчизняного вченого, який основною ознакою державної зради, незалежно від форм її чинення, вважає ворожу діяльність, яка проводиться як би за замовленням представників іноземної держави, іноземної організації чи їхньої розвідки проти своєї держави³⁶.

Крім протидії сепаратизму, українські законодавці в період з 2014 по 2019 рр. зробили декілька спроб знайти шляхи правової регламентації та встановлення кримінальної відповідальності для нового але вкрай шкідливого суспільно-політичного явища – колабораціонізму. Так, було запропоновано п'ять законопроєктів³⁷, які мали б, серед іншого, визначити зміст терміна «колабораціоністська діяльність» та (в чотирьох із зазначених законопроєктів) встановити кримінальну відповідальність за колабораціонізм. При цьому два законопроєкти пропонували доповнити ст. 111 КК України самостійною формою державної зради – «колабораціоністська діяльність», а два інших передбачали встановлення кримінальної відповідальності за колабораціонізм в новій нормі – ст. 111¹. Наразі жодна із зазначених пропозицій не знайшла своєї реалізації в формі Закону України.

Як зазначає Є.О. Письменський, в Україні не сформована якісна правова основа реагування на колабораціоністську діяльність, що створює підґрунтя для ухвалення неоднозначних рішень у правозастосуванні, із-поміж іншого ускладнюючи відмежування правомірного типу поведінки від протиправної. Ба більше: саме поняття колабораціонізму (або його аналогу) не є ані нормативно відбитим, ані доктринально розробленим за умов, що наявні прояви співробітництва громадян України з окупантом потребують належної та однакової правової оцінки із установленням чітких меж правомірності такої поведінки, та, водночас, уможливлення невідворотності справедливої відповідальності за діяння, вчинені на шкоду національній безпеці держави під час окупації її території³⁸.

Дослідник знаходить пояснення вищеописаній різній правовій оцінці співпраці з окупантом в Криму та ОРДЛО прихованим характером окупації частин Донецької та Луганської областей, що поєднується з імітацією сепаратизму³⁹. При цьому Є.О. Письменський як варіант вирішення даного протиріччя пропонує встановити в межах ст. 111 самостійну підставу відповідальності за колабораціонізм, сконструювавши відповідний склад злочину як привілейований стосовно державної зради. За такого підходу колабораціоністські діяння передбачатимуть більш м'яке (та водночас специфічне) покарання, ніж за решту форм державної зради⁴⁰.

Подібне рішення прийнято в Литовській Республіці, Кримінальний кодекс якої в ст. 120 встановлює для громадян Литви кримінальну відповідальність за колабораціонізм: «За умов окупації чи анексії допомога структурам незаконного уряду встановити окупацію чи анексію, придушення опору литовського населення або інша допомога незаконному уряду діяти проти Литовської Республіки»⁴¹.

Очевидно, Є.О. Письменським намічено напрям пошуку раціоналізації нормотворчого процесу та правозастосування у сфері протидії загрозам основам національної безпеки. Рухаючись по цьому шляху, слід визнати, що суспільна небезпечність такої форми державної зради, як надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України суттєво відрізняється від двох інших форм вчинення цього злочину. Це є підставою для диференціації кримінальної відповідальності за таке діяння шляхом виділення його в окремих склад з менш суворою санкцією. При цьому доцільним є вивчення досвіду зарубіжних країн щодо кримінально-правової охорони національної безпеки.

Так, значна диференціація форм вчинення державної зради (в нашому розумінні) притаманна кримінальному праву Ізраїлю, Іспанії, Китаю, ФРН, Швейцарії, Швеції та інших розвинутих країн. При цьому, за рахунок диференціації форм складу злочину, законодавці названих країн запропонували велику варіативність кримінально-правових засобів залежно від рівня суспільної небезпеки (згідно з реаліями кожної з держав) цих форм.

Зокрема, за сприяння встановленню іноземного панування над Королівством чи його частиною Кримінальним кодексом Швеції передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк від десяти до вісімнадцяти років, або довічно (ст. 1). Стаття 3 встановлює кримінальну відповідальність за зраду в переговорах з іноземною державою, що завдає значної шкоди Королівству. Покарання – позбавлення волі від двох до вісімнадцяти років, або довічно. За допомогу іноземній стороні у втягуванні країни у війну чи інші бойові дії – позбавлення волі від двох до восьми років (ст. 2). За допомогу іноземній державі у формі незаконної розвідувальної діяльності та отримання іноземного сприяння в діяльності, спрямованій на формування громадської думки, щоб порушити будь-яку з основ державного правління Королівства або інше важливе питання безпеки Королівства – штраф або позбавлення волі не більше одного року (ст. 10)⁴².

Кримінальним кодексом Швейцарської Конфедерації⁴³ також запропоновано розрізнення декількох варіантів кримінально караної поведінки у формі надання допомоги іноземній стороні в діях, що загрожують інтересам Швейцарії.

За вступ у зв'язок з урядом іноземної держави або його агентурою для розв'язування війни проти Конфедерації встановлено покарання у вигляді позбавлення волі не менше ніж три роки. У серйозних випадках може бути призначено довічне покарання (ч. 2 ст. 266 КК Швейцарії).

Меншу суспільну небезпеку має злочин, передбачений статтею 266^{bis}: за підтримку дій та спрямувань іноземних держав проти безпеки Швейцарії: «Операції або діяльність, спрямована проти безпеки Швейцарії. Хто контактує з іноземною державою, іноземними партіями чи іншими іноземними організаціями або їх агентами, або видає або поширює неправдиву або спотворену інформацію». Покарання – позбавлення волі до п'яти років, або грошовий штраф. У серйозних випадках має бути застосовано покарання у вигляді позбавлення волі на строк не менше одного року.

Два наступних склади злочину також віднесені швейцарськими законодавцями до нетяжких, покарання за які не вище трьох років позбавлення волі.

Стаття 271 визначає відповідальність за заборонені дії на користь іноземної держави:

1. Діяльність від імені іноземної держави на території Швейцарії без законних повноважень карається позбавленням волі до трьох років, або грошовим штрафом. У серйозних випадках – позбавлення волі не менше одного року.

2. Викрадення іншого за допомогою насильства, неправдивих приводів або погроз і вивезення його за кордон, щоб передати його іноземній владі, партії чи іншій організації або піддати небезпеці його життя карається позбавленням волі до одного року.

Також підлягає кримінальному покаранню особа, яка поширює іноземну пропаганду, спрямовану на насильницьке повалення конституційного порядку Конфедерації або кантону (ст. 275^{bis}). Передбачена санкція – позбавлення волі до трьох років або грошовий штраф.

У Кримінальному кодексі ФРН⁴⁴ понад 10 норм встановлюють кримінальну відповідальність за різні форми вчинення державної зради. Зокрема, дві норми визначають караність надання допомоги іноземній стороні. Обидва злочини віднесені законодавцями ФРН до нетяжких: передбачене покарання – позбавлення волі на строк до п'яти років або штраф. Такі санкції встановлені в § 87 КК ФРН за агентурну діяльність з метою саботажу за дорученням іноземного уряду, організації чи установи та в § 99 КК ФРН за здійснення агентурної діяльності за завданням іноземних спеціальних служб, яка спрямована на повідомлення або передачу фактів, предметів або знань які не містять державної таємниці.

Слід зауважити, що в цих нормах міститься можливість більш суворого покарання в особливо серйозних випадках – позбавлення волі від одного року до десяти років. Особливо серйозний випадок зазвичай має місце, коли винний повідомляє або передає факти, предмети або висновки, що тримаються в таємниці офіційним органом або за його ініціативою, і коли він зловживає відповідальним становищем, що особливо зобов'язує його зберігати таємницю, або цей акт створює ризик серйозних збитків для ФРН.

Як бачимо, кримінальне законодавство значної кількості зарубіжних країн виходить із того, що кримінальна відповідальність за різні форми вчинення державної зради має бути диференційованою. Так, за діяння, які полягають у сприянні діяльності проти інтересів держави, покарання має бути суттєво нижчим від покарання за здійснення розвідувальної та підривної антидержавницької діяльності.

Враховуючи викладене, доцільно передбачити виділення в окремій статті КК України такої форми державної зради, як надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України. На відміну від особливо тяжкого злочину, яким є державна зрада

в формулюванні ст. 111 КК України, це діяння слід визначити як нетяжкий злочин, передбачивши покарання у виді позбавлення волі в межах від трьох до п'яти років. Щодо деяких видів допомоги іноземній стороні, які загрожують значно зашкодити інтересам України, можливо встановлення покарання від п'яти до десяти років. Це дозволить уникнути безпідставної суворості кримінального закону, а після ухвалення політичного рішення щодо реінтеграції окупованих територій, звільнити на підставі амністії осіб, які такий злочин вчинили, від відбування основного покарання.

Висновки. Формами державної зради, відповідальність за які передбачена ст. 111 КК України, є: 1) перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; 2) шпигунство; 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України.

Аналіз кожної із цих форм показав, що надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України характеризується меншим ступенем суспільної небезпечності порівняно з іншими формами державної зради. Це є підставою для диференціації кримінальної відповідальності шляхом виділення цієї форми в окремий склад злочину.

На відміну від перших двох форм державної зради, вчинення яких є особливо тяжким злочином, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України запропоновано визначити як нетяжкий злочин, передбачивши покарання у виді позбавлення волі в межах від трьох до п'яти років. Щодо деяких видів допомоги іноземній стороні, які загрожують значно зашкодити інтересам України, можливо встановлення покарання від п'яти до десяти років. Це дасть змогу уникнути безпідставної суворості кримінального закону, а у випадку ухвалення політичного рішення щодо реінтеграції окупованих територій – звільнити на підставі амністії осіб, які такий злочин вчинили, від відбування основного покарання.

¹ Виступ першого заступника Секретаря Ради національної безпеки і оборони України М.В. Ковалю на Засіданні ВР України у зв'язку з п'ятою річницею початку збройної агресії Російської Федерації проти України. URL: <https://www.rada.gov.ua/uploads/documents/55482.pdf> (дата звернення: 26.11.2020).

² Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі (січень-грудень 2013 року) : статистична інформація Генеральної прокуратури України. URL: <https://old.gp.gov.ua/ua/statinfo.html> (дата звернення: 26.11.2020).

³ Там само (2014–2019 роки) (дата звернення: 26.11.2020).

⁴ Рудковська М.Р. Значення об'єктивної сторони злочину для характеристики суспільної небезпеки діяння. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2017. № 2. С. 334–342. С. 337.

⁵ Положення про Комісію з питань правової реформи: затверджено Указом Президента України від 7 серпня 2019 р. № 584/2019. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/5842019-28949> (дата звернення: 22.11.2020).

⁶ Про внесення змін до Кримінального кодексу України: Закон України від 8 квітня 2014 р. № 1183-VII. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 23. Ст. 867. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1183-18#n15> (дата звернення: 20.11.2020).

⁷ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини: Закон України від 7 жовтня 2014 р. № 1689-VII. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 46. Ст. 2046. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1689-18#n11> (дата звернення: 20.11.2020).

⁸ Кончук Н.С. Кримінальна відповідальність за державну зраду : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08; Львів. держ. ун-т внутр. справ. Львів, 2019. 217 с. С. 100.

⁹ Хавронюк М.І. Злочини проти основ національної безпеки. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* від 5 квітня 2001 р. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2019. С. 334–340. С. 335.

¹⁰ Там само. С. 336.

¹¹ Хавронюк М.І. Злочини проти основ національної безпеки. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* від 5 квітня 2001 р. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 9-те вид., переробл. та допов. Київ: Юрид. думка, 2012. С. 267–272.

¹² Вирок Оболонського районного суду м. Києва від 17 листопада 2015 р. (справа № 756/4688/15-к). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53543315> (дата звернення: 12.11.2020).

¹³ Тацій В.Я. Злочини проти основ національної безпеки. *Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар* : у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків : Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. 2013. 1040 с. С. 16.

¹⁴ Вирок Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області від 6 червня 2017 р. (справа № 683/2848/15-к). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/42626608> (дата звернення: 12.11.2020).

¹⁵ Загинеї З.А. Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України як спосіб вчинення державної зради. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 3. С. 97. URL: <http://www.chasopysnapu.gp.gov.ua/chasopys/ua/pdf/11-2016/zaginej.pdf> 61 (дата звернення: 21.11.2020).

¹⁶ Тацій В.Я. Злочини проти основ національної безпеки. *Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар* : у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків : Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. 2013. 1040 с. С. 12.

¹⁷ Хавронюк М.І. Злочини проти основ національної безпеки. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* від 5 квітня 2001 р. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2019. С. 334–340. С. 337–338.

¹⁸ Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 10 грудня 2019 р. (справа № 757/2992/17-к). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86225005> (дата звернення: 12.11.2020).

- ¹⁹ Судова статистика. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/ (дата звернення: 26.11.2020).
- ²⁰ Вирок Приморського районного суду м. Одеси від 12 липня 2019 р. (справа № 522/10548/18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83206902> (дата звернення: 12.11.2020); Вирок Красногвардійського районного суду м. Дніпропетровська від 27 грудня 2019 р. (справа № 208/464/18:). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86678981> (дата звернення: 12.11.2020).
- ²¹ Брич Л.П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. 712 с. С. 21.
- ²² 413 колишніх працівників прокуратури Криму підозрюють у державній зраді – ГПУ. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/26860410.html> (дата звернення: 21.11.2020).
- ²³ 276 суддів Криму офіційно підозрюють у державній зраді – прокуратура. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news/27030668.html> (дата звернення: 21.11.2020).
- ²⁴ Список колишніх співробітників СБ України, які зрадили присязі і перейшли на бік ворога. URL: <https://sbu.gov.ua/ua/news/1/category/1/view/586#jU8JVB6u.dpbs> (дата звернення: 20.11.2020).
- ²⁵ Ігор Поночовний: «Вбивства, тортури, незаконні переслідування – це лише частина тих наслідків, до яких призвела окупація півострову замаскована під «референдум». URL: https://ark.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=269108&fp=140 (дата звернення: 21.11.2020).
- ²⁶ Прокуратура Донецької області направила до суду обвинувальний акт для заочного засудження так званого «в.о. Міністра внутрішніх справ терористичної організації «ДНР». URL: https://don.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=161207 (дата звернення: 21.11.2020).
- ²⁷ До суду – обвинувальний акт щодо прокурора-зрадника з «ДНР». URL: https://ukrainepravo.com/law-practice/practice_public_prosecutor/do-sudu-obvynuvalnyy-akt-shchodo-prokurora-zradnyka-z-dnr/?month=04&year=2020 (дата звернення: 21.11.2020).
- ²⁸ Сергієвський С.К. Проблеми звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили державну зраду. *Актуальні проблеми кримінально-правової охорони основ національної безпеки України* : матер. кругл. столу (м. Харків, 26 травня 2017 р.) / Наук.-досл. ін-т вивч. пробл. злоч. ім. акад. В.В. Сташиса НАПрН України; Харк. обл. орг-ція ГО «Всеукр. асоц. крим. права». Харків: Юрайт, 2017. С. 132.
- ²⁹ Хавронюк М.І. Злочини проти основ національної безпеки. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* від 5 квітня 2001 р. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 9-те вид., переробл. та допов. Київ: Юрид. думка, 2012. С. 268.
- ³⁰ Хавронюк М.І. Злочини проти основ національної безпеки. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* від 5 квітня 2001 р. / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2019. С. 336.
- ³¹ Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. *Теория и законодательная практика*. Москва : Норма, 1998. 296 с. С. 193.
- ³² Зайцев О.В., Філіпенко В.Р. Перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту як одна з форм вчинення державної зради. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. 2017. № 1 (77). С. 53–63. С. 59.
- ³³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони сепаратних переговорів з представниками держави агресора : проект Закону України від 17 грудня 2019 р. № 2612. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67668 (дата звернення: 22.11.2020).
- ³⁴ Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо заборони сепаратних переговорів з представниками держави агресора». URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=67668&pf35401=523218> (дата звернення: 22.11.2020).
- ³⁵ Criminal Code of the Republic of Kazakhstan (2014). URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31575252 (дата звернення: 12.11.2020).
- ³⁶ Чуваков О.А. Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики : монографія / відп. ред. О.М. Костенко. Одеса : Фенікс, 2017. 362 с. С. 197.
- ³⁷ Про забезпечення прав і свобод громадян на тимчасово окупованій території України : проект Закону України від 19 березня 2014 р. № 4473-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50320 (дата звернення: 16.11.2020); Про заборону колабораціонізму : проект Закону України від 9 березня 2017 р. № 6170. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61312 (дата звернення: 16.11.2020); Про захист української державності від проявів колабораціонізму : проект Закону України від 20 грудня 2017 р. № 7425. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63192 (дата звернення: 16.11.2020); Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо колабораціонізму та посилення відповідальності за державну зраду) : проект Закону України від 20 грудня 2017 р. № 7426. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63193 (дата звернення: 16.11.2020); Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораціонізм) : проект Закону України від 6 грудня 2019 р. № 2549. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67568 (дата звернення: 16.11.2020).
- ³⁸ Письменський Є.О. Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в Україні (кримінально-правові аспекти) : наук. нарис. Севродонек, 2020. 121 с. С. 4–5.
- ³⁹ Там само. С. 75.
- ⁴⁰ Там само. С. 101.
- ⁴¹ Criminal Code of the Republic of Lithuania (2000). URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.111555> (дата звернення: 12.11.2020).
- ⁴² Swedish Criminal Code (1962). URL: <http://rkrattsbaser.gov.se/sfst?bet=1962:700> (дата звернення: 12.11.2020).
- ⁴³ Swiss Criminal Code (1937). URL: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/20190301/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-54-757_781_799-20190301-en-pdf-a.pdf (дата звернення: 12.11.2020).
- ⁴⁴ German Criminal Code (1998). URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html> (дата звернення: 12.11.2020).

Резюме

Сергієвський С.К. Диференціація кримінальної відповідальності за різні форми державної зради.

Стаття присвячена диференціації кримінальної відповідальності за різні форми державної зради. Проаналізовано форми вчинення злочину, передбаченого ст. 111 КК України та практику застосування кримінальної відповідальності за їх вчинення.

Виявлено суттєву різницю у ступені суспільної небезпечності кожної із форм державної зради. Враховуючи викладене, а також досвід законодавства іноземних держав, запропоновано в окремій статті КК України виділити таку форму державної зради, як надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України, що слід визначити як не особливо тяжкий злочин.

Ключові слова: державна зрада, національна безпека, диференціація кримінальної відповідальності, форми державної зради.

Резюме

Sergievskiy S.K. Дифференциация уголовной ответственности за различные формы государственной измены.

Статья посвящена дифференциации уголовной ответственности за различные формы государственной измены. Проанализированы формы совершения преступления, предусмотренного ст. 111 УК Украины и практика применения уголовной ответственности за их совершение.

Вывявлено суттєвоне різниця в степені общественной опасности каждой из форм государственной измены. Учитывая изложенное, а также опыт законодательства иностранных государств, предложено в отдельной статье УК Украины выделить такую форму государственной измены, как оказание иностранному государству, иностранной организации или их представителям помощи в проведении подрывной деятельности против Украины, что следует определить как не особо тяжкое преступление.

Ключевые слова: государственная измена, национальная безопасность, дифференциация уголовной ответственности, формы государственной измены.

Summary

Sergii Sergiievskiy. Differentiation of criminal liability for various forms of high treason.

The article is devoted to the differentiation of criminal liability for various forms of treason. Using the experience of Ukraine after the occupation of its territories by the Russian Federation in 2014 and legal doctrine, analyzed some forms of crime under Art. 111 of the Criminal Code of Ukraine.

Such forms of treason are considered as: 1) transition to the side of the enemy in a state of martial law or during an armed conflict; 2) espionage; 3) providing assistance to a foreign state, foreign organization or their representatives in carrying out subversive activities against Ukraine. Emphasis is placed on the fact that the statistics of convictions for treason and the actual number of servicemen, law enforcement officers, judges, and civil servants who have sided with the enemy differ significantly. Difficulties and contradictions in law enforcement are revealed, ways of their elimination are offered.

Based on the study of each of the forms of treason, the responsibility for which is provided by Art. 111 of the Criminal Code of Ukraine, revealed a significant difference in the degree of public danger of such acts. Analysis of the practice of national courts also shows that for this crime under Art. 69 of the Criminal Code of Ukraine often imposed a milder punishment than provided by law. Taking into account the above, as well as the experience of the legislation of states such as Germany, Switzerland, Sweden, it is proposed to provide in a separate article of the Criminal Code of Ukraine to allocate such a form of treason as providing assistance to a foreign state, foreign organization or their representatives. According to the author, this act should be defined as a not particularly serious crime, which should be punishable by imprisonment for up to ten years. This will avoid the unjustified severity of the criminal law, and in the event of a political decision to reintegrate the occupied territories, apply amnesty to those who will be prosecuted for such a crime after the conviction.

Key words: high treason, national security, differentiation of criminal liability, forms of high treason.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.71

УДК 343.985:343.82

С.В. ТКАЧЕНКО

Сергій Валерійович Ткаченко, ад'юнкт Національної академії внутрішніх справ*

ORCID: 0000-0001-6463-4254

ПРОВЕДЕННЯ ОГЛЯДУ МІСЦЯ ПОДІЇ В МІСЦЯХ ТИМЧАСОВОЇ ІЗОЛЯЦІЇ

Нині перед сучасним кримінальним процесуальним законодавством гостро стоїть завдання з вирішення проблематики проведення слідчих (розшукових) дій. Зокрема, досі не розроблено методичні рекомендації з проведення огляду місця події та інших процесуальних дій на території місць тимчасової ізоляції.

Питання проведення огляду місця події розглядали в своїх працях Н.Г. Ковальова, М.М. Єфімов, Р.С. Белкін, А.Ф. Волобуєв, А.В. Дулов, О.Н. Колесніченко, В.С. Кузьмічов, В.К. Лисиченко, В.Ю. Шепітько, Ю.М. Черноус та ін. Питання огляду має міждисциплінарний характер і досліджується різними галузями права (конституційне, кримінально-процесуальне, цивільного і міжнародного права).

Метою статті є аналіз окремих норм законодавчих актів, відомчих наказів, що унормовують діяльність у сфері слідчих (розшукових) дій та взаємодію між підрозділами Національної поліції із установами Дер-

© С.В. Ткаченко, 2020

* *Serhii Tkachenko, Postgraduate student of the National Academy of Internal Affairs*

жавної пенітенціарної служби України для належного проведення такої слідчої (розшукової) дії у місцях тимчасової ізоляції, як огляд місця події.

Відповідно до Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод, чіткого положення про дотримання або проведення огляду немає, однак визначено базові права і свободи, котрі передбаченні розділом I Конвенції. Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню (ст. 3)¹.

Переходячи до питання, що досліджується, насамперед слід визначитись із тим, яку роль відіграють місця тимчасової ізоляції у чинному законодавстві та чи є на сьогодні актуальна термінологія, для застосування її у кримінально процесуальному законодавстві.

Так, Конституція України у ст. 29 проголошує право на свободу та особисту недоторканність: «Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом. У разі нагальної необхідності запобігти злочинів чи його перепинити уповноважені на те законом органи можуть застосувати тримання особи під вартою як тимчасовий запобіжний захід, обґрунтованість якого протягом сімдесяти двох годин має бути перевірена судом»². Тобто законодавець надає місцям тимчасового утримання роль запобігання вчиненню правопорушень та/або їх припиненню.

Відповідно до ч. 2 ст. 233 КПК України під житлом особи розуміється будь-яке приміщення, яке знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також всі складові частини такого приміщення. Не є житлом приміщення, спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені за законом³. Цією нормою законодавець визначає місця тимчасової ізоляції, конкретизуючи окремі їх ознаки, не надаючи повного та кінцевого визначення. Зазначає, що вказані місця підпадають за формальними ознаками під визначення терміну «житло», але за своєю суттю такими не є.

Тож місця тимчасової ізоляції умовно можна поділити на дві групи, які мають спільні ознаки, визначені чинним КПК України: установи для попереднього ув'язнення (ст. 4 Закону України «Про попереднє ув'язнення»⁴), органи і установи виконання покарань (переліком визначеним ст. 11 КВК України⁵). Але слід визнати, що законодавцем єдиного терміна не закріплено.

Переходячи безпосередньо до дослідження проведення слідчих (розшукових) дій в місцях тимчасової ізоляції, слід визначити, що питання з їх проведення регулюється відомчим наказом Міністерства юстиції України від 14 червня 2019 р. № 1769/5 «Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України», на виконання постанови, письмового доручення слідчого, прокурора або слідчого судді (суду) для здійснення кримінального провадження, медичних експертиз на території СІЗО адміністрація слідчого ізолятора зобов'язана: надати приміщення; доставити у зазначене приміщення ув'язненого або засудженого та забезпечити його охорону; забезпечити допуск у СІЗО осіб, які залучаються для участі в слідчих діях; вручити або ознайомити з необхідними документами ув'язненого або засудженого; забезпечити присутність персоналу СІЗО під час проведення обшуку, виїмки, накладення арешту на майно ув'язненого або засудженого, що зберігається на складі СІЗО або знаходиться в його особистому користуванні⁶.

Під такою слідчою (розшуковою) дією як огляд місця події, розуміють першочергову невідкладну слідчу дію, спрямовану на встановлення, фіксацію і дослідження обстановки місця події, слідів злочину та злочинця й інших фактичних даних, які надають можливості у сукупності з іншими доказами дійти висновку про механізм події та інші обставини розслідуваної події⁷. Порядок проведення огляду регламентується ст. 237 КПК України⁸. З метою виявлення та фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення слідчий, прокурор проводять огляд місцевості, приміщення, речей та документів. Відповідно до ч. ч. 1, 2 ст. 223 КПК України слідчі (розшукові) дії є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Підставами для проведення слідчої (розшукової) дії є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети⁹.

Поняття слідча (розшукова) дія «огляд місця події» також розуміється не одноставно. Наприклад, своїм рішенням колегія суддів Першої судової палати Касаційного кримінального Верховного Суду дещо конкретизувала та відокремила поняття «огляд місця події» та «огляд житла чи іншого володіння особи». Зазначивши, що «огляд місця події» відрізняється від «огляду житла чи іншого володіння особи», а тому проведення огляду місця події не вимагає дотримання вимог ст. ст. 233, 234 та 237 КПК. Відмінність цих слідчих дій впливає, зокрема, з частини третьої ст. 214 КПК¹⁰, відповідно до якої огляд місця події може проводитися до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) і вимагає лише негайного внесення відомостей до ЄРДР після його завершення, а для огляду житла чи іншого володіння особи слідчий або прокурор має право до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину згідно зі ст. ст. 233, 234, 237 КПК¹¹, що неможливо до внесення відомостей до ЄРДР¹².

Отже, порядок проведення огляду місця події в місцях ізоляції чітко не регламентовано, що потребує від слідчого належної професійної підготовки та усвідомлення алгоритму своїх дій, використання аудіо/відео записуючих пристроїв, визначення кола учасників слідчої дії і дотримання наявного режиму в

місцях тимчасової ізоляції для пошуку та залучення понятих, залучення інших обов'язкових учасників слідчих (розшукових) дій, у тому числі огляду місця події та допиту очевидців у якості свідків.

Під час проведення слідчих (розшукових) дій у місцях тимчасової ізоляції, з метою дотримання процедури слідчої дії та забезпечення збереження інформації, охоронюваної законом, слідчий у порядку ст. 222 КПК України зобов'язаний відібрати від усіх без винятку учасників такої дії зобов'язання щодо нерозголошення відомостей досудового розслідування (у тому числі персональних даних), які їм стали відомі під час їх проведення, окрім випадків розголошення лише з письмового дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, в якому вони визнають можливим¹³.

Проводячи слідчу (розшукову) дію, у ході якої передбачено допит свідка, в місцях тимчасової ізоляції при нагальній необхідності слідчий стосовно допитуваної особи зобов'язаний дотримуватися вимог Закону України «Про захист персональних даних» від 1 червня 2010 р.¹⁴, нормами якого регламентовано правові відносини, пов'язані із захистом і обробкою персональних даних, який спрямовано на захист основоположних прав та свобод людини і громадянина, зокрема права на невтручання в особисте життя, у зв'язку з обробкою персональних даних.

Також поширюється на учасників слідчої дії у приміщенні місця тимчасової ізоляції діяльність з обробки персональних даних, яка здійснюється повністю або частково із застосуванням автоматизованих засобів, а також на обробку персональних даних, що містяться у картотеці чи призначені до внесення до картотеки, із застосуванням неавтоматизованих засобів (ст. 1)¹⁵.

Під час залучення до кримінального провадження осіб, до яких застосовуються вимоги Закону України від 1 червня 2010 р. «Про захист персональних даних», у слідчого є можливість застосування норм Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві». Нормами даного закону передбачено перелік спеціальних прав із захисту та забезпечення безпеки визначеного кола осіб (ст. 2)¹⁶.

Також хочемо приділити увагу питанню допустимості доказів. Адже факт втручання у приватне життя (приватність) людини є порушенням людської гідності, незалежності та цілісності особи. Органам досудового розслідування слід вміти чітко дотримуватися під час здійснення кримінально-процесуальної діяльності балансу між інтересами особи, суспільства та держави, кожне своє процесуальне рішення та дії вони зобов'язані оформлювати належним чином, оскільки порушення кримінально-процесуальної форми тягне за собою втрату не лише доказів, а й може призвести до негативних наслідків у зв'язку із розголошенням відомостей щодо приватного та особистого життя особи.

У національному законодавстві України закріплено таке поняття, як «недопустимі докази». Відповідно до положень норм КПК України недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобути завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Крім того, у ст. 88 КПК України наголошено, що «докази, які стосуються судимостей підозрюваного, обвинуваченого або вчинення ним інших правопорушень, що не є предметом цього кримінального провадження, а також відомостей щодо характеру або окремих рис характеру підозрюваного, обвинуваченого є недопустимими на підтвердження винуватості підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення». Однак докази і відомості, передбачені частиною першою ст. 88 КПК України, «можуть бути визнані допустимими, якщо: 1) сторони погоджуються, щоб ці докази були визнані допустимими; 2) вони подаються для доказування того, що підозрюваний, обвинувачений діяв з певним умислом та мотивом або мав можливість, підготовку, обізнаність, потрібні для вчинення ним відповідного кримінального правопорушення, або не міг помилитися щодо обставин, за яких він вчинив відповідне кримінальне правопорушення; 3) їх подає сам підозрюваний, обвинувачений; 4) підозрюваний, обвинувачений використав подібні докази для дискредитації свідка. Докази щодо певної звички або звичайної ділової практики підозрюваного, обвинуваченого є допустимими для доведення того, що певне кримінальне правопорушення узгоджувалося із цією звичкою підозрюваного, обвинуваченого»¹⁷.

Крім того, ст. 89 КПК України визначено ознаки, за якими докази визнаються недопустимими. «Суд вирішує питання допустимості доказів під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. У разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо таке дослідження було розпочате. Сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими»¹⁸.

На сьогодні в окремих установах тимчасової ізоляції використовуються системи технічних приладів і технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, засобів фото- і кінозйомки, відеозапису, зокрема система «Custody Records», використання якої (як технічного засобу) передбачено наказом МВС № 1026 від 18.12.2018 р. «Про затвердження Інструкції із застосування органами та підрозділами поліції технічних приладів і технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, засобів фото- і кінозйомки, відеозапису»¹⁹, яка у свою чергу передбачає електронну фіксацію дій, що відбулися або відбуваються із затриманими особами в місцях ізоляції. Матеріали, зафіксовані на спеціальних носіях, можна викорис-

тати у якості доказів у кримінальному провадженні. Однак на сьогодні визначеного порядку їх долучення до матеріалів кримінального провадження не передбачено.

У практичній діяльності існує проблематика із визнання допустимим доказом отриманих матеріалів, які зафіксовано на електронних носіях. Слідчий у відповідності до п. 6 ч. 2 ст. 160 КПК України, зобов'язаний звертатися з клопотанням до слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів котрі зберігаються на носіях інформації в місцях тимчасової ізоляції, які містять охоронювану законом таємницю, в котрому зазначити можливість використання як доказів відомостей, що містяться в речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів, або даний відео аудіо запис буде використано за сукупністю доказів. Вищевказана інформація має надати органу досудового розслідування можливість встановити особу (осіб), які вчинили злочин, та в подальшому використана як доказ (за сукупністю матеріалів) для доведення винуватості у вчиненні кримінального правопорушення. Відповідно до ч. 3 ст. 234 КПК України, слідчий за погодженням прокурора клопотання, мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання. У свою чергу, аналізуючи подані інші матеріали, слідчий суддя може не враховувати як доказ додані рапорти працівників, які не є доказами і жодним чином не вказують на наявність достатніх даних про вчинення кримінального правопорушення. При тому, що відповідно до норми, передбаченої п. 6 розділу VIII «Дозвіл на копіювання та видачу відеозаписів надається відповідальній особі виключно за рішенням керівника цього органу, підрозділу поліції. Копіювання та видача відеозапису проводяться відповідальною особою на підставі відповідного письмового доручення керівника органу, підрозділу поліції або особи, яка виконує його обов'язки. У разі копіювання та видачі відеозапису робиться відмітка в Журналі обліку копіювання та видачі відеозаписів зі стаціонарної системи або в Журналі обліку». Тобто отримання необхідної інформації з баз даних між органами поліції не передбачає наявного дозволу суду у вигляді ухвали на проведення тимчасового доступу до речей та документів²⁰.

Таким чином, дослідивши окремі положення у науковій та практичній діяльності, на нашу думку, потребують унормування у проблематиці проведення огляду у місцях тимчасової ізоляції наступні аспекти: збереження інформації та відомостей, що стануть відомі в ході проведення слідчої (розшукової) дії (у тому числі, персональної інформації кожного з учасників), зокрема система із застосуванням системи «Custody Records», та подальша допустимість цих доказів у кримінальному провадженні, що будуть виявлені під час огляду місця події. Також слід зазначити, законодавець не закріпив термін, який би узагальнював та давав максимально наближене визначення до місць тимчасової ізоляції.

25 лютого 2020 р. слідчим суддею Печерського районного суду міста Києва було прийнято ухвалу у кримінальному провадженні за № 4201900000002638 від 23 грудня 2019 р, згідно з якою: «Надати слідчим групи слідчих... та прокурорам групи прокурорів... дозвіл на тимчасовий доступ, з правом вилучити (здійснити їх виїмку) до речей та документів (в оригінали), які перебувають у володінні Державної установи «Херсонський слідчий ізолятор» (73024, м. Херсон, вул. Перекопська, 10, код ЄДРПОУ 08564707) з можливістю вилучення їх копій, а саме: документи (накази, плани, довідки, рапорти, зведення, та/або інші розпорядчі документи) щодо залучення, використання, тимчасову передислокацію, відрядження осіб з числа особового складу Державної установи «Херсонський слідчий ізолятор», які залучались до проведення спеціальних та режимних заходів у ДУ «Кропивницький слідчий ізолятор» у період із 18.12.2019 р. по 19.12.2019 р.; журнали (витяги) реєстрації вхідної/вихідної кореспонденції, в якому здійснювалась реєстрація вищевказаних листів, у державній установі; документи (накази, розпорядження, тощо), на підставі яких було відряджено особовий склад вказаної установи до Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор»; накази про призначення на відповідні посади співробітників, які були відряджені до Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор»; посадові, службові/функціональні обов'язки співробітників, які були відряджені до Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор»; документи, щодо надання та забезпечення особового складу автотранспортом (зокрема, документи що встановлюють право власності на такий автотранспорт) із наданням відомостей щодо такого транспорту (марка, вид, серія, державний номерний знак, колір та інше), та з відображенням відомостей, хто саме здійснював керування (водій) таким автотранспортом, хто саме відповідав за маршрут пересування та прибуття особового складу до Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор»; маршрутні листи/або інші документи, відповідно до яких мав бути визначений маршрут пересування особового складу (автотранспорту) до Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор»; документи, які містять відомості щодо забезпечення особового складу технічними та іншими засобами для проведення обшуків заходів на час відрядження до Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор», зокрема: хто саме з працівників був забезпечений відповідними засобами, якими саме засобами та інше; документи та відомості, щодо забезпечення особового складу портативними відеореєстраторами на час відрядження до Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор», зокрема: хто саме з працівників був забезпечений відповідними портативними відеореєстраторами, якими саме, та чи здійснювалось фактично фіксування подій, що мали місце на території Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор» під час їх відрядження; відеозаписи подій, що мали місце на території Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор»; інші наявні документи щодо організації та проведення заходів на території Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор» у період грудня 2019 – січня 2020 р. та оригіналів, а саме: відеозаписи подій, що мали місце на території Державної установи «Кропивницький слідчий

ізолятор» під час проведення спеціальних та режимних заходів в період із 18.12.2019 р. по 19.12.2019 р., матеріальні носії інформації за допомогою яких та на які здійснювався запис (відеореєстратори, флешки та інше), списки осіб (підпорядкованого особового складу), які були відряджені до Державної установи «Кропивницький слідчий ізолятор», із зазначенням: ПІБ, посада, місце роботи, спеціальне звання, дата, місяць, рік народження, контактний номер телефону (мобільний), особистий номер жетону (у разі наявності такого)»²¹.

18 березня 2015 р. слідчим суддею Дзержинського районного суду м. Харкова було прийнято ухвалу у кримінальному провадженні за № 42014220750000482 від 5 грудня 2014 р., згідно з якою: «Надати адвокату ОСОБА_1 тимчасовий доступ до речей і документів, а саме до відеозаписів камери відеоспостереження, що знаходиться в камері № 5 слідчого ізолятору Управління СБУ в Харківській області по вулиці Миросицькій, 2 в м. Харкові, в період із 17.09.2014 р. по 17.12.2014 р., із наданням можливості вилучення копій цих відеозаписів»²².

8 червня 2018 р. слідчим суддею Хмельницького міськрайонного суду Хмельницької області прийнято ухвалу у кримінальному провадженні № 12018240010002788 від 25 квітня 2018 р., згідно з якою: «Надати дозвіл старшому слідчому... на тимчасовий доступ до речей, які перебувають у володінні ДУ «Хмельницький слідчий ізолятор» (м. Хмельницький, вул. Камянецька, 39), а саме до відеозапису з відео реєстратора, який працював 25.04.2018 р. в кімнаті прийому громадян, з можливістю вилучення копії такого відеозапису»²³.

18 грудня 2017 р. слідчим суддею Ордонікідзевського районного суду міста Запоріжжя прийнято ухвалу у кримінальному провадженні за № 4201608000000239 від 11 липня 2016 р., згідно з якою: «Надати слідчому... або прокурорам у складі прокурорів... тимчасовий доступ до речей та документів, що знаходяться за місцем розташування ДУ «Запорізький слідчий ізолятор» за адресою: м. Запоріжжя, вул. Перша ливарна, 36, а саме: оригіналів наказів, на підставі яких здійснювались нарахування та виплата заробітної плати, первинних бухгалтерських і касових документів, фінансової звітності та інших документів фінансово-господарської діяльності ДУ «Запорізький слідчий ізолятор» за період часу з 01.01.2014 р. по 31.03.2016 р., з можливістю їх вилучення. Надати слідчому... або прокурорам у складі прокурорів... тимчасовий доступ до комп'ютерної техніки, яка знаходиться у володінні ДУ «Запорізький слідчий ізолятор», за адресою: м. Запоріжжя, вул. Перша ливарна, 36, з можливістю копіювання інформації на магнітні та флеш носії»²⁴.

Отже, враховуючи стрімкий розвиток сучасних технологій і запровадження в ізоляторах тимчасового тримання Національної поліції України системи «Custody Records», яка значно полегшує проведення огляду місця події в місцях тимчасової ізоляції, оскільки ця система дозволяє поруч із традиційними методами збору важливої доказової інформації шляхом огляду місця події в порядку 237 КПК України, долучати до цього ж протоколу відео і фотоматеріали з системи «Custody Records». Проте правовий статус цих матеріалів у законодавстві чітко не визначено, тому слідчі отримують доступ до цих матеріалів через інститут тимчасового доступу до речей і документів (ст. ст. 159–166 КПК України), який передбачає отримання дозволу для їх проведення від слідчого судді, суду. Слідчий, отримавши доступ до речей і документів, складає протокол огляду відповідних речей і документів (в нашому випадку відеозапис з камер спостереження), у якому слід детально описати кожну хвилину відеозапису і в хронологічному порядку відобразити усі події, які відбуваються на екрані. Ці заходи забезпечення кримінального провадження є довготривалими і потребують значних людських і часових ресурсів. Тому потребує негайного вирішення питання закріплення в кримінальному процесі такої категорії, як «електронні докази», що дасть змогу спростити порядок отримання і використання згаданої інформації, яка отримана з електронних носіїв, учасниками кримінального процесу.

¹ Європейська конвенція з прав людини з поправками, внесеними відповідно до положень Протоколів № 11 та 14 з Протоколами № 1, 4, 6, 7, 12, 13 та 16. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_UKR.pdf

² Конституція України від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

³ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?find=1&text=місця+утримання+#w22>

⁴ Кримінально-виконавчий Кодекс України від 11.07.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

⁵ Кримінально-виконавчий Кодекс України від 11.07.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

⁶ Наказ Міністерства юстиції України від 14.06.2019 р. № 1769/5 «Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0633-19#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

⁷ Участь спеціаліста в огляді місця події: практ. посіб. / кол. авторів; за заг. ред. О.Г. Рувіна, Б.Б. Теплицького, С.С. Чернявського. Харків: Фоліо, 2018. С. 7.

⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?find=1&text=місця+утримання+#w22>

⁹ Наказ Міністерства юстиції України від 14.06.2019 р. № 1769/5 «Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0633-19#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

¹⁰ Закон України від 30.06.1993 р. «Про попереднє ув'язнення». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?page=1&nreg=3352-12#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

¹¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?find=1&text=місця+утримання+#w22>

¹² Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального Верховного Суду від 12 лютого 2019 р., справа № 159/451/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80224144>

¹³ Наказ Міністерства юстиції України від 14.06.2019 р. № 1769/5 «Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України» веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0633-19#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

¹⁴ Закон України від 01.06.2010 «Про захист персональних даних» веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

¹⁵ Закон України від 01.06.2010 «Про захист персональних даних» веб-сайт. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

¹⁶ Закон України від 23.12.1993 «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3782-12#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

¹⁷ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?find=1&text=місця+утримання+#w22>

¹⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17?find=1&text=місця+утримання+#w22>

¹⁹ Постанова колегії суддів Першої судової палати Касаційного кримінального Верховного Суду від 12 лютого 2019 р., справа № 159/451/16-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80224144>

²⁰ Наказ МВС № 1026 від 18.12.2018 р. «Про затвердження Інструкції із застосування органами та підрозділами поліції технічних приладів і технічних засобів, що мають функції фото- і кінозйомки, відеозапису, засобів фото- і кінозйомки, відеозапису». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0028-19#Text> (дата звернення: 05.09.2020).

²¹ Ухвала суду у справі № 686/9232/18 від 08.06.2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75713991> (дата звернення: 05.09.2020).

²² Ухвала суду у справі № 335/15067/17 від 18.12.2017 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71158958> (дата звернення: 05.09.2020).

²³ Ухвала суду у справі № 686/9232/18 від 08.06.2018 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75713991> (дата звернення: 05.09.2020).

²⁴ Ухвала суду у справі № 335/15067/17 від 18.12.2017 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71158958> (дата звернення: 05.09.2020).

Резюме

Ткаченко С.В. Проведення огляду місця події в місцях тимчасової ізоляції.

У статті досліджено норми, що стосуються діяльності місць тимчасової ізоляції, котрі за спільними ознаками можна назвати «місця тимчасової ізоляції», визначено їхні основні ознаки та встановлено відсутність узагальненого терміна, що відповідав би визначеному критеріям. Також досліджено зміст поняття і сутності поняття огляду місця події, а саме: вивірено низку дефініцій нормативно-правових актів із проведення слідчої (розшукової) дії огляд місця події та встановлено розбіжності понять «огляд місця події» та «огляд житла». Разом із тим виявлено ряд труднощів, які виникають в ході проведення слідчих (розшукових) дій на території місць тимчасової ізоляції, серед яких можна виокремити: проблематику безпеки усіх учасників огляду місця події; дотримання збереження слідчої та конфіденційної інформації усіма учасниками огляду; належності доказів, вилучених під час проведення огляду місця події в місцях тимчасової ізоляції. Встановлено багатогалузеву проблематику проведення огляду місця події та необхідність унормування єдиного порядку проведення даної слідчої (розшукової) дії на території «місць тимчасової ізоляції» із вирішенням вищезазначених проблем.

Ключові слова: процесуальні дії та рішення, огляд місця події, місце тимчасової ізоляції.

Резюме

Ткаченко С.В. Проведение осмотра места события в местах временной изоляции.

В статье исследованы нормы, касающиеся деятельности мест временной изоляции, которые за общими признаками можно назвать «места временной изоляции», определены их основные признаки и установлено отсутствие обобщенного термина, который отвечал бы определенным критериям. Также исследовано содержание понятия и сущность понятия осмотр места события, а именно: выверен ряд дефиниций нормативно-правовых актов по проведению следственных (сыскных) действий осмотра места события и установлено расхождение понятий «осмотр места события» и «осмотр жилья». Вместе с тем выявлен ряд трудностей, возникающих в ходе проведения следственных (сыскных) действий на территории мест временной изоляции, среди которых можно выделить: проблематику безопасности всех участников осмотра места события; соблюдение сохранения следственной и конфиденциальной информации всеми участниками осмотра; принадлежность доказательств, изъятых во время проведения осмотра места события в местах временной изоляции. Установлена многоотраслевая проблематика проведения осмотра места события и необходимость нормирования единого порядка проведения данного следственного (сыского) действия на территории «мест временной изоляции» с решением вышеупомянутых проблем.

Ключевые слова: процессуальные действия и решения, осмотр места события, место временной изоляции.

Summary

Serhii Tkachenko. Conducting an inspection of the scene in places of detention.

The article examines the issue of conducting a pre-trial investigation of the scene in places of temporary isolation, which on common similar grounds can be called as a “place of detention.” The main features of temporary isolation sites have been identified and it has been established that there is currently no generalized term that would meet the defined criteria. The article also explores the content of the concept of “site survey”, namely, provides some definitions contained in the regulations of Ukraine and scientific sources. There

are a number of differences between the concepts of «site inspection» and «housing inspection». There are some gaps, which in the course of investigative (search) actions on the territory of places of temporary isolation can lead to violation of the rights and freedoms of individual participants in criminal proceedings, among which are: security issues of all participants in the scene; compliance with the preservation of investigative and confidential information by all participants in the review; belonging to the evidence seized during the inspection of the scene in places of temporary isolation. The multidisciplinary issues of conducting an inspection of the scene and the need to standardize a single procedure for conducting this investigative (search) action on the territory of «places of temporary isolation» with the solution of the above problems.

The article emphasizes that certain provisions in scientific and practical activities, in our opinion, need to be standardized in the issue of inspection in places of temporary isolation the following aspects: preservation of information and information that will become known during the investigative (investigative) action (including, personal information of each of the participants), in particular the system using the system “Custody Records”, and the further admissibility of this evidence in criminal proceedings, which will be found during the inspection of the scene. Also, it should be noted that the legislator did not establish a term that would generalize and give the most approximate definition of places of detention.

Key words: procedural actions and decisions, inspection of the scene, place of imprisonment.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.72

УДК 004.056.5:378.1 (045)

І.О. ХАРИТОНЕНКО

*Ігор Олександрович Харитоненко, аспірант
Київського університету права НАН України**

ORCID: 0000-0002-1772-2312

ФЕНОМЕН КІБЕРЗЛОЧИННОСТІ В СУЧАСНІЙ КРИМІНОЛОГІЧНІЙ ТЕОРІЇ

Постановка проблеми. Питання формування системи забезпечення кібернетичної та інформаційної безпеки України є надзвичайно актуальним, адже інформаційні технології потенційно можуть бути використані як з метою забезпечення міжнародної стабільності й безпеки, так і з метою протилежною, спрямованою на примноження нових викликів. Масштаб загроз інформаційному простору не обмежується кордонами однієї держави, оскільки сучасні глобальні комп'ютерні мережі охоплюють переважно більшість країн світу, що додатково сприяє різкому підвищенню кримінального комп'ютерного професіоналізму та високої мобільності злочинців. Тому своєчасним є дослідження та аналіз системи швидкозмінних високотехнологічних кібернетичних загроз, тактики взаємодії у сфері інформаційної безпеки, яка впливає на формування сталого розвитку суспільства, на функціонування механізмів протидії інформаційним загрозам з урахуванням сучасних реалій.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідженню феномена кіберзлочинності присвячено чимало наукових праць вітчизняних і зарубіжних фахівців у галузі кримінального права, кримінології, криміналістики, психології тощо. Зокрема, ця проблематика розглядалась у працях Д.С. Азарова, О.А. Баранова, П.Д. Біленчука, В.В. Василевича, А.А. Васильєва, В.О. Глушкова, В.О. Голубєва, Р.А. Калюжного, М.В. Карчевського, М.М. Коваленка, М.Й. Коржанського, М.О. Кравцової, В.В. Крилова, П.С. Матишевського, М.І. Мельника, А.А. Музики, В.О. Навроцького, В.В. Сташиса, Є.Л. Стрельцова, В.Я. Тація, М.І. Хавронюка та інших. Однак, не зважаючи на наявність значного масиву напрацювань із означеного напрямку, слід зауважити, що подальшого дослідження та висвітлення потребують питання щодо розробки науково обґрунтованої системи заходів запобігання кіберзлочинності на основі її сучасної кримінологічної характеристики. Важливими є дослідження з вивчення особи кіберзлочинця, вдосконалення вітчизняного законодавства у сфері охорони державної таємниці та службової інформації, міжнародної взаємодії у сфері забезпечення інформаційної безпеки, покращання змісту вищої освіти фахівців з інформаційної безпеки держави.

Формулювання мети статті. З огляду на викладене, метою цієї статті є дослідження феномена кіберзлочинності крізь призму показників, що її характеризують, зокрема рівень, динаміку, структуру, а також визначення соціальної обумовленості та основних тенденцій з урахуванням різнобічних чинників, які впливають на зміну кількісних та якісних показників.

Виклад основного матеріалу. Поняття «кіберзлочинність» часто вживається поряд із поняттями «комп'ютерна злочинність», «злочинність у сфері високих (інформаційних) технологій», «високотехнологічна злочинність». Серед вищезазначених термінів поняття «кіберзлочинність» є найширшим та охоплює найбільше коло злочинних посягань у віртуальному середовищі, також його використання регулює міжнародне законодавство¹.

У 2017 р. було прийнято Закон «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України». Цей закон визначає правові та організаційні основи забезпечення захисту життєво важливих інтересів людини і грома-

© І.О. Харитоненко, 2020

* *Ihor Kharytonenko, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

дянина, суспільства та держави, національних інтересів України в кіберпросторі, основні цілі, напрями та принципи державної політики у сфері кібербезпеки, повноваження державних органів, підприємств, установ, організацій, осіб та громадян у цій сфері, основні засади координації їхньої діяльності із забезпечення кібербезпеки². У законі дається визначення наступних термінів:

– кібератака – спрямовані (навмисні) дії в кіберпросторі, які здійснюються за допомогою засобів електронних комунікацій (включаючи інформаційно-комунікаційні технології, програмні, програмно-апаратні засоби, інші технічні та технологічні засоби і обладнання) та спрямовані на досягнення однієї або сукупності таких цілей: порушення конфіденційності, цілісності, доступності електронних інформаційних ресурсів, що обробляються (передаються, зберігаються) в комунікаційних та/або технологічних системах, отримання несанкціонованого доступу до таких ресурсів; порушення безпеки, сталого, надійного та штатного режиму функціонування комунікаційних та/або технологічних систем; використання комунікаційної системи, її ресурсів та засобів електронних комунікацій для здійснення кібератак на інші об'єкти кіберзахисту;

– кібербезпека – захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави під час використання кіберпростору, за якої забезпечуються сталий розвиток інформаційного суспільства та цифрового комунікативного середовища, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних і потенційних загроз національній безпеці України у кіберпросторі;

– кіберзагроза – наявні та потенційно можливі явища і чинники, що створюють небезпеку життєво важливим національним інтересам України у кіберпросторі, справляють негативний вплив на стан кібербезпеки держави, кібербезпеку та кіберзахист її об'єктів;

– кіберзахист – сукупність організаційних, правових, інженерно-технічних заходів, а також заходів криптографічного та технічного захисту інформації, спрямованих на запобігання кіберінцидентам, виявлення та захист від кібератак, ліквідацію їх наслідків, відновлення сталості й надійності функціонування комунікаційних, технологічних систем;

– кіберзлочин (комп'ютерний злочин) – суспільно небезпечне винне діяння в кіберпросторі та/або з його використанням, відповідальність за яке передбачена законом України про кримінальну відповідальність та/або яке визнано злочином міжнародними договорами України;

– кіберзлочинність – сукупність кіберзлочинів.

Проте, як зазначають науковці, очевидно, що на сьогодні бракує як високих технологій, так і належних світових стандартів і методологій з кібербезпеки. Нині фактично відсутня імплементація реальних заходів кіберзахисту в IT-інфраструктурах, слабкий процес навчання і підвищення обізнаності в питаннях кібербезпеки. Очевидно, що закони – це не якась окрема від всіх нас сутність. Їх виконання – це наш головний обов'язок³.

Серед характерних ознак показників кіберзлочинності виокремлюють: стабільне зростання частки тяжких злочинів, груповий характер їх вчинення, а також рецидив злочинів, залежність географії поширення від фактору урбанізації. Відтак, і самі посягання характеризуються, по-перше, специфічною, комбінаційно-цифровою, обставовкою кіберпростору, по-друге, технологічно, системно-технічно та програмно визначеною операційною складовою кримінальної активності, спрямованої на віртуальні компоненти суспільних відносин, спричинення істотної шкоди яким знаходить свій опосередкований прояв у реальній дійсності. Рівень латентності кіберзлочинів становить близько 95 %, що дає змогу віднести їх до категорії високолатентних. Серед факторів їх латентності виділено три основні групи: 1) фактори, що зумовлюють природну латентність, в силу яких про вчинений кіберзлочин відомо лише самому винному; 2) фактори, пов'язані з негативною поведінкою жертви (очевидців) злочину та їх незверненням до правоохоронних органів, неповідомленням про факт вчинення злочину; 3) фактори, пов'язані з недоліками роботи правоохоронних органів у частині реагування на звернення та повідомлення про кіберзлочини: а) пов'язані з помилками при прийнятті працівниками правоохоронних органів рішень щодо наявності чи відсутності у вчиненому діянні складу злочину або щодо його кваліфікації; б) пов'язані з приховуванням злочинів від обліку. Також існує проблема невідповідності судової практики щодо призначення покарань за кіберзлочини характеру й ступеня їх суспільної небезпечності. У переважній більшості засуджені особи звільняються судом від кримінальної відповідальності; в половині випадків призначається більш м'яке покарання, ніж передбачено законом; лише в незначній кількості випадків суд призначає додаткове покарання у виді конфіскації майна (3 %). Аналіз географії кіберзлочинів в Україні виявив залежність її поширення від фактору урбанізації. Найвища кіберкримінальна активність фіксується в Дніпропетровській області, місті Києві, а також Харківській, Запорізькій та Черкаській областях. Найнижча – у Чернівецькій, Херсонській, Сумській, Кіровоградській областях. Крім того, слід відзначити випадки реєстрації кіберзлочинів на залізниці (Одеська залізниця), що засвідчує поступову експансію кіберзлочинності на більшість сфер життєдіяльності нашого суспільства⁴.

Основними ознаками кіберзлочинності є те, що: 1) кіберзлочини вчиняються у віртуальному просторі або в межах комп'ютерних мереж. Віртуальний простір – це модульований за допомогою комп'ютера інформаційний простір, в якому містяться дані про осіб, факти, явища, процеси, представлені в математичному, символічному чи іншому вигляді. Ці відомості знаходяться в процесі руху локальними і глобальними комп'ютерними мережами, зберігаються в пам'яті будь-якого фізичного або віртуального пристроїв, спеціально призначених для їх зберігання, переробки та передачі. Крім того, кіберзлочини можуть вчинятися за допомогою комп'ютерних систем або шляхом використання комп'ютерних мереж та інших засобів доступу до віртуального простору, а також проти комп'ютерних систем, комп'ютерних мереж і комп'ютерних даних.

Таким чином, електронно-обчислювана техніка може бути як засобом вчинення, так і предметом злочину; 2) кіберзлочинність має інтелектуальний характер – здійснення кіберзлочину вимагає певного набору знань. Крім того, інтелектуальність серед кіберзлочинців пропагується субкультурою хакерів, що дає їм стимул до розумового саморозвитку; 3) кіберзлочини, на відміну від інтелектуальних злочинів, доступні людям невисоких соціальних і вікових можливостей; 4) кіберзлочини є анонімними та неперсоніфікованими; 5) злочинця та жертву можуть розділяти тисячі кілометрів (віддаленість кіберзлочинів); 6) збиток від кіберзлочину часто здається жертві незначним порівняно з процедурою розслідування, яка здатна забрати час, але не гарантує притягнення до відповідальності винного та компенсації збитку (висока латентність кіберзлочинності)⁵.

Висновки. У час глобалізації та електронних комунікацій однією з нагальних проблем є проблема кібербезпеки. Виходячи з вищенаведеного, можна виокремити наступні ознаки феномена кіберзлочинності крізь призму показників, що її характеризують:

- масштаб загроз інформаційному простору не обмежується кордонами однієї держави;
- зміна кількісних та якісних показників кіберзлочинності, зокрема різке підвищення кримінального комп'ютерного професіоналізму та високої мобільності злочинців;
- рівень кіберзлочинності тісно пов'язаний з економічним рівнем розвитку суспільства в різних державах та регіонах;
- кібернетичні загрози швидкозмінні та високотехнологічні;
- високий рівень латентності;
- залежність географії поширення від фактору урбанізації;
- кіберзлочинність – це соціальне явище, що проявляється в сукупності кіберзлочинів.

Також слід зазначити, що з метою попередження даних злочинів необхідне подальше проведення досліджень соціального та кримінологічного напрямку щодо вивчення психофізіологічних властивостей кіберзлочинців, вдосконалення вітчизняного законодавства у сфері охорони державної таємниці та службової інформації, міжнародної взаємодії у сфері забезпечення інформаційної безпеки, поліпшення змісту вищої освіти фахівців з інформаційної безпеки держави.

¹ Іванченко О.Ю. Кримінологічна характеристика кіберзлочинності, запобігання кіберзлочинності на національному рівні. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2016. № 3. С. 172–177.

² Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2017. № 45. Ст. 403.

³ Біленчук П.Д., Обіход Т.В. Кібербезпека і засоби запобігання та протидії кіберзлочинності й кібертероризму. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 3. С. 235–239.

⁴ Кравцова М.О. Кіберзлочинність: кримінологічна характеристика та запобігання органами внутрішніх справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2016. 19 с.

⁵ Голіна В.В., Головін Б.М. Кримінологія: загальна та особлива частини: навч. посіб. Харків: Право, 2014. 513 с.

Резюме

Харитоненко І.О. Феномен кіберзлочинності в сучасній кримінологічній теорії.

У статті розглянуто поняття та ознаки кіберзлочинності, досліджено феномен кіберзлочинності крізь призму показників, що її характеризують, зокрема рівень, динаміку, структуру. Визначено соціальну зумовленість та сучасний стан з урахуванням різнобічних чинників, які впливають на зміну кількісних та якісних показників. Підкреслено глобалізм, високий рівень суспільної небезпеки і масовість наслідків кібернетичних загроз.

Ключові слова: кібербезпека, інформаційний простір, кіберзлочинність, національна безпека, кіберзагроза, держава, інформаційна безпека, кримінологічна характеристика.

Резюме

Харитоненко И.А. Феномен киберпреступности в современной криминологической теории.

В статье рассмотрено понятие и признаки киберпреступности, исследован феномен киберпреступности через призму показателей, ее характеризующих, в частности уровень, динамику, структуру. Определены социальная обусловленность и современное состояние с учетом разносторонних факторов, влияющих на изменение количественных и качественных показателей. Подчеркнуто глобализм, высокий уровень общественной опасности и массовость последствий кибернетических угроз.

Ключевые слова: кибербезопасность, информационное пространство, киберпреступность, национальная безопасность, киберугрозы, государство, информационная безопасность, криминологическая характеристика.

Summary

Ihor Kharytonenko. The phenomenon of cybercrime in modern criminological theory.

The article considers the concepts and signs of cybercrime, the phenomenon of cybercrime through the prism of indicators that characterize it, in particular the level, dynamics, structure. The social conditionality and the current state are determined taking into account various factors that influence the change of quantitative and qualitative indicators. Globalism, a high level of public danger and the massive consequences of cyber threats are emphasized.

It is pointed out that the scale of threats to the information space is not limited to the borders of one country, as modern global computer networks cover the vast majority of countries, which further contributes to a sharp increase in criminal computer profes-

alism and high mobility of criminals. Therefore, it is timely to study and analyze the system of rapidly changing high-tech cyber threats, tactics of interaction in the field of information security, which affects the formation of sustainable development of society, the functioning of mechanisms to counter information threats taking into account modern realities.

The signs of the phenomenon of cybercrime through the prism of indicators that characterize it are highlighted:

- the scale of threats to the information space is not limited to the borders of one state;
- changes in the quantitative and qualitative indicators of cybercrime, in particular a sharp increase in criminal computer professionalism and high mobility of criminals;
- the level of cybercrime is closely related to the economic level of development of society in different countries and regions;
- cyber threats are fast-changing and high-tech;
- high level of latency;
- the dependence of the geography of distribution on the factor of urbanization;
- Cybercrime is a social phenomenon that manifests itself in a set of cybercrimes.

It is noted that in order to prevent these crimes it is necessary to conduct further research in social and criminological areas to study the psychophysiological properties of cybercriminals, improve domestic legislation in the field of state secrets and official information, international cooperation in information security, improve the content of higher education information security professionals states.

Key words: cybersecurity, information space, cybercrime, national security, cyberthreat, state, information security, criminological characteristics.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.73

УДК 343.41+343.451

А.О. ХЛОПОВ

*Артем Олександрович Хлопов, аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ**

ORCID: 0000-0001-5342-9183

СУТНІСТЬ СТАЛКІНГУ ЯК СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ДІЯННЯ ТА РОЛЬ ІНФОРМАЦІЇ ПРИВАТНОГО ХАРАКТЕРУ З ОЗНАКАМИ ТАЄМНИЦІ У ФОРМУВАННІ ТАКТИКИ ПОВЕДІНКИ ПЕРЕСЛІДУВАЧА

Постановка проблеми. Ефективність правового регулювання напругу залежить від здатності закону адаптуватися до сучасних реалій суспільних відносин та відповідати на виклики сьогодення. В іншому випадку громадяни позбавляються можливості відстоювати свої права і свободи, а держава за відсутності відповідного правового інструментарію не здатна забезпечити правопорядок та безпеку. Одним із таких неврегульованих питань є відсутність профільного регулювання «переслідування», так званого «сталкінгу» з англ. – «stalking». Окреслене діяння є видом протиправної поведінки, що визнається формою домагання і залякування, характеризуючись непередбачуваністю наслідків. На жаль, в Україні проблемі сталкінгу майже не приділяється уваги, більше того, переслідування у більшості випадків не визнається протиправною поведінкою. Мовчить щодо цього і вітчизняний закон, адже в чинному Кримінальному кодексі України (далі – КК України), як і в усьому масиві законодавства, відсутнє відповідне правове регулювання. Немає й статистики щодо кількості осіб, які зазнали переслідування. Проте це не означає, що сталкінг як явище в Україні відсутнє – це означає лише, що українці не захищені з боку закону й залишені наодинці з кривдником. Особливо це стосується втручання в приватне життя людини, адже саме недоторканність цієї сфери насамперед. У результаті чого сталкером незаконно отримується інформація приватного характеру щодо різних аспектів життєдіяльності особи, яка надалі використовується кривдником у власних цілях, проти самого власника цієї інформації. Крім того, суспільна небезпека сталкінгу полягає в непередбачуваності наслідків, що виражаються в цілому спектрі проявів, у тому числі тяжких. Саме декілька гучних кримінальних справ, де жертвами виступили публічно відомі особи, спонукали законодавців ряду країн визнати сталкінг кримінально карним діянням. Справедливо вказати, що природа сталкінгу досі активно вивчається й по-різному трактується дослідниками, однак безперечним є факт прискіпливої уваги до цього діяння з боку наукової спільноти та законодавців західних країн. Однак попри всю складність сталкінг несе у собі значний рівень загрози, що закладає тренд на пошук шляхів протидії цьому діянню, у тому числі за допомогою проведення відповідної кримінально-правової політики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Попри активну увагу та численні дослідження такого явища, як сталкінг за кордоном, з боку вітчизняних науковців ці питання майже повністю проходили повз них. Серед зарубіжних вчених доцільно згадати кількох із них, які внесли вагомий уклад у вивчення природи сталкінгу: С. Boyd, В. Bjerregaard, К.Е. Davis, J.R. Coleman, I.H. Frieze, F.R. Farnham, Foster A. James,

© А.О. Хлопов, 2020

* *Artem Khlopov, Postgraduate student of Kharkiv National University of Internal Affairs*

J.R. Meloy, P.E. Mullen, M. Pathe, K. Roberts, V. Heckels та інших. Розуміння сутності сталкінгу та аналіз цієї поведінки як такої, що посягає на недоторканність приватного життя та інформацію приватного характеру особи, яка зазнає переслідування, є вкрай актуальним питанням. На сьогодні виникає запит не тільки доктринального осмислення, а й врегулювання сталкерства в правовому полі. Ситуація в Україні нині вже давно назріла та потребує швидких рішень на рівні закону. На відміну від вітчизняного законодавства, де навіть не ведуться розробки в цьому напрямі, ряд країн в останні декілька десятиліть уже значно просунувся у цій області. Тому активізація наукових думок в цій сфері є вкрай важливим кроком.

Формулювання мети статті. З огляду на викладене вище метою статті є дослідження сутності сталкінгу як протиправного діяння, що серед іншого на посягає інформацію приватного характеру з ознаками таємниці. Надати йому визначення та оцінити достатність рівня суспільної небезпеки цього діяння для його подальшої криміналізації та підготовки пропозицій щодо вдосконалення норм КК України.

Виклад основного матеріалу. Розвиток суспільних відносин породжує нові сфери, потребуючи свого врегулювання з боку чинного законодавства. Однією з таких сфер є сталкінг, як протиправна поведінка, що привернула до себе увагу з боку західних країн лише в останнє десятиліття минулого століття. В Україні цьому діянню досі не дано відповідної юридичної оцінки, яке визнається чимось на зразок «залицянь». І хоча у вітчизняному законодавстві є норми, що мали би забезпечити громадян від подібного роду небажаної поведінки, проте на практиці їх ефективність не помітна.

Уперше сталкінг був визнаний злочином у штаті Каліфорнія у 1990 р. Кримінальний кодекс штату визначив його як «навмисне, зловмисне і повторюється переслідування і домагання до іншої людини»¹. До 1992 р. подібні закони з'явилися ще в 30 штатах, а згодом у Канаді, Австралії та Бельгії. Далі норми, що передбачали відповідальність за сталкінг, активно доповнювали законодавства країн Європи. Зокрема, у 2007 р. у КК Німеччини була передбачена відповідальність за сталкінг у § 238 StGB. Де під сталкінгом розумілося переслідування без дозволу іншої особи способом, придатним для серйозного обмеження способу життя цієї людини шляхом наполегливого: пошуку фізичної близькості; намагання встановити контакт за допомогою різних засобів зв'язку або через третіх осіб; неналежне використання персональних даних; погрози близьким та родичам та іншим подібним діям, що порушують звичай ритм життя людини тощо². У Шотландії закон з протидії сталкінгу з'явився в 2010 р. Цікавим є факт, що за десять років до цього лише 70 осіб були засуджені за переслідування своїх жертв, однак вже за два роки після прийняття цього закону їх кількість зросла до 443³. Досвід Шотландії особливо наглядний у розрізі України, адже наочно демонструє значення окремої профільної статті, як запоруки протидії цьому діянню. Разом із тим, як показує практика, такий підхід не дає повної впевненості в забезпеченні від сталкінгу. На підтвердження цієї тези звернемося до офіційної статистики Великої Британії, згідно з якою за 2018 р. обвинувачення за сталкінг пред'являлося лише двом із 10 підозрюваних⁴.

Причина цього лежить в площині характеру самої поведінки, адже навіть маючи прогресивний правовий арсенал, досить складно притягти сталкера до відповідальності за переслідування, допоки з його боку немає прямих погроз чи фізичного насильства. Останні далеко не завжди мають місце, адже сталкінг проявляється передусім в психологічному насильстві над жертвою, що призводить до емоційного виснаження та десоціалізації жертви. При цьому факт переслідування доволі важко довести, сам тягар доказування лежить на жертві, що має документувати всі контакти зі сталкером, викликати правоохоронні органи за першої нагоди тощо.

Попри складність природи сталкінгу законодавча думка не стоїть на місці й з кожним роком все більше країн доходять переконливого висновку щодо необхідності криміналізації сталкінгу як суспільно небезпечного діяння. Однією з останніх у цьому списку країн стала Норвегія, що з червня 2016 р. ввела кримінальну відповідальність за сталкінг. Справедливо визнати, що західні країни більш активно реагують на суспільні запити, тим самим підтримуючи своє законодавство в актуальному стані.

Аби зрозуміти сталкінг як явище, необхідно звернутися до його витоків, адже воно не з'явилося ні звідкись декілька десятків років тому, очевидно, що воно було відоме й до цього. Наприклад 1361 р., коли англійські судді випустили Мирний Акт (англ. – *Justices of the Peace Act*). Згідно з ним за ведення стеження за іншими особами була передбачена відповідальність у вигляді арешту⁵. Цей документ є одним із перших джерел, що закріпив відповідальність за фактом незаконного переслідування іншої особи. Хоча О. Г. Сторубльонкова та В. Л. Самуткін зазначають, що згадки про сталкінг мали місце ще в античній літературі та міфології. Сам термін сталкінг походить від англ. to stalk – переслідувати й уперше з'явився в науковій літературі у 1921 р. Його ввів французький психіатр Гаєтан Гас'єн де Клерамбо (Gaëtan Gatian de Clérambault) в своїй роботі «Любовний психоз» (*Les Psychoses Passionnelles*)⁶. У ній автор розглянув сталкінг з точки зору психіатрії, описуючи поведінку переслідувача та мотиви, що ним рухають. На сьогодні поняття сталкінгу дещо розширювалося, розглядаючись саме як конкретний вид протиправної поведінки, що несе цілком реальну загрозу для переслідуваного. За якою об'єктом переслідування може стати будь-яка особа. Хоча в більшості своїй сталкер належить до одного із двох типів. Відповідно до першого типу – сталкер має лише опосередковане знайомство з жертвою. Цей тип називається еротоманія, або «синдром коханого фантома», саме його й описав Гаєтан Гас'єн де Клерамбо. Другий тип значно поширеніший, являючи собою частину домашнього насильства й спрямований на особу, з якою у сталкера були близькі стосунки⁷.

К.О. Баришева визначає, що термін «сталкінг» має англійське коріння, набувши поширення серед мисливців, що дослівно означає «полювати», «слідувати», «дошкуляти». Автор характеризує сталкінг як «пси-

хологічний тероризм», основною ознакою якого є систематичність⁸. Щодо останнього варто зазначити, що хоча самому діяння й притаманний окрім систематичного ще й тривалий характер, однак науковці все більше тяжіють до думки, що за певних умов достатньо одного епізоду для визнання діяння переслідуванням. Умовою цього є поведінка самого сталкера, що викликала реальне почуття страху за своє життя. Тривалість переслідування не має точної межі, характеризується широким діапазоном. Так, згідно з дослідженнями 145 сталкерів, проведеного Полом Малленом зі співавторами, тривалість переслідування відповідно до їх підрахунків коливається від чотирьох тижнів до 20 років (медіана – 12 місяців)⁹. Ці дані серед іншого свідчать і про те, що ігнорування факту переслідування навряд чи може бути ефективним засобом його протидії. Тобто без законодавчого врегулювання цих моментів не обійтися.

Головною метою сталкінгу виступає встановлення контролю над переслідуваною ним особою. Тим самим очевидним відбувається розмиття сутності приватного життя, адже фактично зловмисник має на меті позбавити жертву особистого простору. Інформація приватного характеру і в цьому рівнянні фактично втрачає ознаки таємниці, стаючи незаконним надбанням сторонньої особи, яка використовує їх у власних інтересах, без згоди власника цієї інформації. В.С. Батиргареева визначає його як «навмисне і наполегливе переслідування», що може проявлятися в різних аспектах – від телефонних дзвінків чи повідомлень до вторгнення в житло або шкоди здоров'ю й життю жертви¹⁰. Тобто навіть відсутність самого факту фізичного переслідування буде визнаватися сталкінгом за умови, що особа відчуває себе в небезпеці чи відчуває страх. Саме наявність реальної загрози, підтвердженої рядом тяжких наслідків, спонукала законодавців різних країн криміналізувати це діяння. При цьому воно може виявлятися в різних проявах – від простого збору інформації про повсякденне життя жертви до фізичного насильства, що супроводжується відсутністю спокою, психічними розладами, депресіями чи навіть призводить до смерті переслідуваної особи. Щодо останньої тези доречно навести висновки науковців із Університету в Глостерширі, які проаналізували 358 випадків умисних вбивств жінок. Ними було виявлено, що в 94 % випадках жертва зазнала переслідування, з яких більше половини були вбиті колишнім партнером¹¹. Хоча тут доречно поставити під сумнів наявність в усіх випадках виключно сталкінгу, бо переслідування може супроводжувати процес готування до різних злочинів, у тому числі вбивства. У цьому сенсі переслідування розглядається в широкому значенні. Однак очевидним є факт того, що окрім посягання на недоторканність приватного життя для жертв сталкінгу має місце реальна загроза здоров'ю та/або життю. Керуючись інформацією приватного характеру, сталкер формує тактику переслідування, адже окреслені відомості дають змогу скласти уяву про різноманітні сторони приватної життєдіяльності особи, таких як: розпорядок дня, відвідувані місця, звички, психологічний портрет жертви, список контактів тощо.

Переслідування за своєю суттю призводить до обмеження прав однієї особи на користь іншої. Аналізуючи сутність сталкінгу, можна зробити висновок, що автори кваліфікуючою умовою визначають наявність у жертви страху або почуття небезпеки. При фізичному насильстві страх може бути очікуваною реакцією, і у цьому випадку наявність сталкінгу призначається. Іншою є ситуація, коли поведінка переслідувача базується на психологічному тероризмі, що не визнається кримінально карним. У цьому випадку варто звернутися до поняття розумності. Розумність страху або почуття небезпеки має визначатися за сукупністю даних у кожній конкретній справі окремо. Ключовим фактором тут повинна стояти «реальність» заподіяння тієї чи іншої шкоди з боку зловмисника або ж впевненості в цьому переслідуваного.

І якщо на початку жертвами сталкінгу ставали публічні фігури (музиканти, актори, митці, спортсмени тощо), приватне життя, яких викликає суспільний інтерес, то сьогодні у більшості своїй це пересічні громадяни. Оцінити масштаб можна, поглянувши на кількісні показники поширення сталкінгу, але, на жаль, в Україні подібної статистики не ведеється, що вкотре демонструє недооцінку цієї проблеми з боку держави та суспільства. Попри це поширеність цього діяння не обмежується окремими країнами чи континентами. На підтвердження цих слів звернемося до статистики зарубіжних країн. За даними Австралійського статистичного бюро, у 2017 р. 19 % жінок (1,6 млн) та 7,8 % чоловіків (663,8 тисячі) у віці від 18 років зазнавали переслідування¹². Згідно з інформацією Управління національної статистики Великобританії упродовж 2019 р. зазнали переслідування більше 10 тисяч осіб¹³. За оцінками Міністерства охорони здоров'я і соціальних служб Сполучених Штатів Америки (далі – США) близько 15,2 % жінок та 5,7 % чоловіків стали жертвами переслідування протягом життя. При цьому 4,2 % жінок і 2,1 % чоловіків зазнали переслідування протягом 12 місяців, що передували опитуванню¹⁴. Ще більш кричущі цифри говорять, що до 41 % громадян США у 2017 р. піддавалися онлайн переслідуванню¹⁵.

Очевидно, що відсутність подібних підрахунків в Україні лише маскує проблему, створюючи фасад безпеки, за парканом якого громадяни позбавлені захисту. У цьому питанні статистика виступає важливою рушійною силою, адже часто висвітлення подібних даних сприяло послідовному напрацюванню відповідних охоронних норм до законодавства. Наприклад, за таким сценарієм пішла сусідня Польща, де, як показують дослідження Інституту призначення покарань, біля 3 млн поляків хоча би раз у житті зазнавали переслідування. Оприлюднення цих даних спонукали парламент країни доповнити чинний кримінальний кодекс Польщі відповідною статтею¹⁶. Треба зазначити й відсутність тренду виключно на криміналізацію цього діяння. Наприклад, Республіка Молдова визнає переслідування адміністративним проступком. У 2016 р. Кодекс про Правопорушення країни було доповнено відповідною ст. 78-2 «Акти переслідування». Згідно з нею для кваліфікації цього акту переслідування має нести систематичний характер. Цікаво, що серед шляхів вчинення цього проступку значиться словосполучення «вистежування осіб». На жаль, кодекс не розкриває,

що законодавець розуміє під цим терміном, але чомусь постає аналогія мисливець та здобич¹⁷. Утім, це радше виняток із загального правила, адже переважна більшість країн вважають наявність достатнього рівня суспільної безпеки діяння для його криміналізації.

Звертаючись до кримінального законодавства України, основною охоронною нормою проти сталкінгу виступає ст. 182 «Порушення недоторканності приватного життя» Кримінального кодексу України, але за певних умов відповідальність може наступати за ст. ст. 129, 162, 163, 194, 195, 296 КК України¹⁸. Однак це не єдині норми, до яких можна звернутися. Якщо переслідувачем використовуються особисті дані, фото чи відео без дозволу, то такі дії можна заборонити, керуючись ст. 307 Цивільного кодексу України¹⁹. Важливим кроком у цьому напрямі стало прийняття у 2017 р. законодавства щодо протидії домашньому насильству, яке створило можливість застосовувати заборонні приписи. Останнім до прикладу можна заборонити кривднику перебувати в одному місці з постраждалим, контактувати з ним тощо. Це стало можливим з набуттям чинності в 2018 р. Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», ст. 25 якого надала змогу встановити терміновий заборонний припис²⁰. За невиконання такого припису настає адміністративна відповідальність, передбачена ст. 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

З огляду на окреслений законодавчий арсенал, на перший погляд може здаватися, що особа надійно захищена законодавством від сталкінгу, але насправді це не так. Адже фактично поки не буде вчинено злочин, який підпадає під кваліфікацію однієї із згаданих вище норм, переслідуваний, окрім термінового заборонного припису, не має жодного захисного інструментарію. Тобто особа може розраховувати на реакції з боку правоохоронних органів за умови, коли сталкер переходить до фізичного впливу чи погроз. Якщо поведінка переслідувача відображається в створенні спаму повідомлень, постійних дзвінках протягом доби чи інших способах пошуку зв'язку з жертвою, що так би мовити «дошкуляє людині», це не визнається кримінально карним. З цієї позиції О. Зіпельмайер характеризує сталкінг як пошук контактів, що відображається в різноманітних проявах²¹. При цьому варто наголосити, що такий пошук має цілком персоналізований характер, де встановлення контакту виступає метою переслідування. Тобто природа сталкінгу є багатогранною категорією, яка становить реальну загрозу для життя та здоров'я людини, що потребує уваги з боку законодавця. Окреслена позиція наочно демонструє існуючу в правовому полі прогалину, потребує не просто змін, а конструктивної законодавчої роботи. Це необхідно також, аби уникнути ситуації, коли дія наявних норм поширюється на відносно нове суспільно небезпечне діяння, на які вони не розраховані. Окрім зменшення своєї ефективності це несе ознаки використання аналогії у кримінальному праві при кваліфікації злочинів. Тому, безумовно, необхідно врегулювати питання сталкінгу в найближчій перспективі, що сприятиме утвердженню законності в державі.

Поштовхом до остаточного вирішення питання криміналізації сталкінгу могла б стати підписана в 2011 р., але не ратифікована Україною Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами, так звана «Стамбульська конвенція». Цей міжнародний документ присвячений протидії насильству проти жінок та домашньому насильству, де серед іншого у ст. 34 пропонується країнам-учасницям передбачити відповідальність за переслідування у кримінальному порядку. Під переслідуванням конвенція розуміє поведінку, що є умисною та вчиняється неодноразово²². У цьому сенсі ратифікація цієї Конвенції спонукала би вітчизняного законодавця ухвалити відповідні зміни до КК України. Однак на сьогодні документ не ратифікований Україною та рядом інших країн з огляду на деякі його неоднозначні положення, наприклад, оперування поняттям «гендерний», що виявилось неприйнятним. Утім, це лише один із можливих напрямів розвитку подій, за яким в силу взятих на себе міжнародних зобов'язань буде криміналізоване переслідування. Критично важливим є вирішення цього питання до моменту, коли відбудеться повторення досвіду інших країн, які закріпили відповідальність за сталкінг вже після втрати життів громадян.

Висновки. Підбиваючи підсумки вищенаведеного, варто підкреслити важливість врегулювання сталкінгу з позиції закону. З огляду на його явну суспільну небезпеку та поширеність доцільно зробити це за першої нагоди. Адже, як показало дослідження, існуюче правове забезпечення не є пристосованим до такого широкого спектру проявів цієї поведінки. Це призводить до ситуації, коли ціла низка охоронних норм створює тільки ілюзію безпеки. Насправді жертви сталкінгу беззахисні перед кривдником. Застосування заборонних приписів може мати лише превентивний характер в силу непропорційності санкції за їх порушення щодо рівня суспільної безпеки, яку таїть у собі сталкінг. Зібрана же сталкером інформація приватного характеру втрачає ознаки таємниці, стаючи надбанням сталкера без згоди її власника, виступаючи в подальшому основою для формування тактики його поведінки. У сукупності окреслена ситуація несе загрозовий характер для нормальної життєдіяльності людини.

У цьому сенсі пропонується доповнити Розділ V КК України «Кримінальні правопорушення проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина» окремою статтею, передбачивши кримінальну відповідальність за сталкінг. При цьому під сталкінгом (переслідуванням) розуміти: протиправне діяння, що полягає в неоднократному стереженні, слідуванні, спостереженні за певною особою, або однократному вчиненні цих дій за умови, що вони викликали в особи почуття безпеки або страху за себе або своїх близьких. Така ініціатива значною мірою допоможе забезпечити охорону прав і свобод громадян та матиме позитивний ефект для забезпечення інформації приватного характеру з ознаками таємниці від протиправних зазіхань.

- ¹ California Penal Code. California Legislative Information. URL: <https://leginfo.ca.gov/faces/codesTOCSelect.xhtml?tocCode=PEN&tocTitle=+Penal+Code+-+PEN>
- ² Criminal Code in the version published on 13 November 1998 (Federal Law Gazette I, p. 3322), as last amended by Article 2 of the Act of 19 June 2019 (Federal Law Gazette I, p. 844). URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p2181
- ³ Сталкінг стал уголовно наказуемым преступлением в Англии и Уэльсе. URL: <https://ria.ru/20121125/912147443.html>
- ⁴ More stalkers walk free from court despite numbers of cases tripling. URL: <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/08/04/stalkers-walk-free-court-despite-numbers-cases-tripling/>
- ⁵ Право на приватність: *conditio sine qua non* / Харківська правозахисна група. Харків: Фоліо, 2003. 216 с.
- ⁶ Сторубленкова Е.Г., Самуткин В.Л. Сталкінг: синдром навязчивого преследования. *Проблемы в российском законодательстве*. 2016. № 6. С. 278–281. С. 279.
- ⁷ Kimberly A. Tolhurst, A Search for Solutions: Evaluating the Latest Anti-Stalking Developments and the National Institute of Justice Model Stalking Code, 1 Wm. & Mary J. Women & L. 269 (1994). URL: <https://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol1/iss1/11>
- ⁸ Барышева К.А. Преследование как новый вид уголовно-наказуемого деяния. *Проблемы в российском законодательстве*. 2016. № 8. С. 178–183. С. 178–179.
- ⁹ Paul E. Mullen, M.B.B.S., D.Sc., F.R.C.Psych., Michele Pathe, M.B.B.S., F.R.A.N.Z.C.P., Rosemary Purcell, B.A., M. Psych., and Geoffrey W. Stuart, B.A., B.Sc.(Hons.), Ph.D. «Study of Stalkers». American Psychiatric Association. 1999. Reprinted by permission. URL: <https://ajp.psychiatryonline.org/doi/pdf/10.1176/ajp.156.8.1244>
- ¹⁰ Батиргареева В.С. Стокерство. *Вісник Асоціації кримінального права України*. Харків: Всеукр. громад. орг. «Асоці. кримін. Права». 2015. № 2 (5). С. 376–378. С. 376.
- ¹¹ Stalking behaviour identified in 94% of murders, study shows. URL: <https://www.theguardian.com/uk-news/2017/apr/24/stalking-behaviour-murders-study-shows>
- ¹² Hi-tech stalking of women rises as one in five report harassment. URL: <https://www.dailytelegraph.com.au/news/nsw/hitech-stalking-of-women-rises-as-one-in-five-report-harassment/news-story/104c6133553f3daf7635b3428b83106>
- ¹³ Stalking: findings from the Crime Survey for England and Wales. Dataset. Office for National Statistics. URL: <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/crimeandjustice/datasets/stalkingfindingsfromthecrimesurveyforenglandandwales>
- ¹⁴ Prevalence and Characteristics of Sexual Violence, Stalking, and Intimate Partner Violence Victimization – National Intimate Partner and Sexual Violence Survey, United States, 2011. *MMWR* / September 5, 2014 / Vol. 63 / No. 8. P. 1–18. P. 6–7.
- ¹⁵ Duggan M. Online Harassment 2017. URL: www.pewinternet.org/2017/07/11/online-harassment-2017/
- ¹⁶ Голонка А. Упорное преследование как новый тип запрещенного деяния. Упорczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego. *Państwo i prawo*. W-wa, 2012. № 1. S. 88–100 / Рєрихт А.А. Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: *Государство и право*. *Реферативный журнал*. 2013. № 5. С. 154–160.
- ¹⁷ Кодекс о правонарушениях. Республика Молдова № 218-XVI. Кишинэу, 24 октября 2008 г. URL: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=330333&lang=2>
- ¹⁸ Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>
- ¹⁹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>
- ²⁰ Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України № 2229-VIII від 7 грудня 2017 р. *Голос України*. 2018. № 4. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19#Text>
- ²¹ Зипельмайер О. Психосоциальное и психотерапевтическое консультирование женщин, пострадавших от stalkinga. Социальное обслуживание семей и детей: научно-методический сборник. 2020. Вып. 19: Теория и практика социальной работы с женщинами в трудной жизненной ситуации. С. 30–39.
- ²² Конвенция Совета Европы о предотвращении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием. Стамбул, 11 мая 2011 г. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/09000016806b0687>

Резюме

Хлопов А.О. Сутність сталкінгу як суспільно небезпечного діяння та роль інформації приватного характеру з ознаками таємниці у формуванні тактики поведінки переслідувача.

У статті досліджується питання доцільності криміналізації нав'язливого переслідування, так званого «сталкінгу» в Україні та аналізується місце інформації приватного характеру з ознаками таємниці у контексті цієї поведінки. Розглядаються вітчизняний стан справ у цій сфері та законодавчі підходи зарубіжних країн, які протягом останніх 30 років модернізували своє правове регулювання у цій сфері та статистика, що дає змогу оцінити поширеність цього діяння в світі. Розглядається сутність сталкінгу, як діяння, що посягає на недоторканність приватного життя та аналізуються наслідки цієї поведінки. Окремо оцінюється наявність достатнього рівня суспільної безпеки, яку несе в собі сталкінг для визнання його кримінально карним діянням на рівні закону. При цьому інформація приватного характеру з ознаками таємниці виступає об'єктом посягання сталкера, на основі якої формується тактика його поведінки. У підсумку пропонується врегулювати це питання на рівні Кримінального кодексу України, що, як показав досвід інших країн, виявилось найбільш ефективним засобом протидії цьому діянню, ніж охоронні ордери.

Ключові слова: криміналізація, сталкінг, переслідування, інформація приватного характеру з ознаками таємниці, приватне життя.

Резюме

Хлопов А.А. Сущность stalkinga как общественно опасного деяния и роль информации частного характера с признаками тайны в формировании тактики поведения преследователей.

В статье исследуются вопросы целесообразности криминализации навязчивого преследования, так называемого «сталкинга» в Украине и анализируется место информации частного характера с признаками тайны в контексте этого поведения. Рассматриваются отечественное положение дел в этой сфере и законодательные подходы зарубежных стран, которые в течение

последних тридцати лет модернизировали свое правовое регулирование в этой сфере и статистика, позволяющая оценить распространённость этого деяния в мире. Рассматривается сущность stalking как деяния, посягающего на неприкосновенность частной жизни, анализируются последствия этого поведения. Отдельно оценивается наличие достаточного уровня общественной опасности, которую несёт в себе stalking для признания его уголовно наказуемым деянием на уровне закона. При этом информация частного характера с признаками тайны выступает объектом посягательства stalkера, на основании которой формируется тактика его поведения. В итоге предлагается урегулировать этот вопрос на уровне Уголовного кодекса Украины, что, как показал опыт других стран, оказалось наиболее эффективным средством противодействия этому деянию, чем охранные ордера.

Ключевые слова: криминализация, stalking, преследование, информация частного характера с признаками тайны, частная жизнь.

Summary

Artem Khlopov. The essence of stalking as a socially dangerous act and the role of information of private character with signs of secrecy in the formation of tactics behavior of pursuer.

The article examines the feasibility of criminalizing obsessive persecution, the so-called «stalking». A concept that has grabbed attention over the past thirty years abroad, having become the subject of a significant amount of research. The reasons for the formation of a trend to consolidate responsibility for stalking are analyzed, which took shape in the early nineties of the last century and today has become part of the legislation of large parts of the world. At the same time, the very concept of stalking appeared in the scientific literature long before that, being mainly the subject of research by psychiatrists, characterized it as a certain state of mind. Attention is drawn to the fact that now stalking has already become somewhat stratified, being considered primarily as a type of illegal behavior. The latter infringes on the inviolability of private life and information of private character with signs of secrecy, which is the source of the formation of tactics of stalker behavior. The latter, in turn, aims to control the victim, forcing her to abandon her usual way of life.

In this context, it is questioned that domestic legislation does not recognize such behavior as illegal, as well as the lack of relevant statistics on the number of persecuted persons. In this regard, the official data on other countries that are actively studying this phenomenon are considered. According to their data, up to 15% of people have been persecuted at least once in their lives, which indicate a serious prevalence of this behavior, which is definitely not limited to a single country or continent. This gives grounds to assert that Ukraine is not an exception either, and the absence of any statistics does not mean the absence of this problem. The latter only indicates a lack of attention to the problems of stalking and an underestimation of the possible consequences.

All this gives grounds to assert that today the victims of persecution are almost defenseless, and the existing legal regulation is unable to protect citizens from obsessive persecution. Separately, the presence of a sufficient level of public danger from stalking is assessed to be recognized as a criminal offense at the level of law. Attention is focused on the danger of stalking, which has a wide range of manifestations and is characterized by unpredictable consequences. After all, it was precisely the cases of grave consequences that received a public response that prompted a number of Western countries to recognize stalking as a criminal offense.

Summing up the results, the position on the criminalization of stalking is given, in this connection; it is proposed to amend the current Criminal Code of Ukraine. At the same time, this should not be realized by changing the existing norms, but precisely by creating a new separate norm. As an approach that turned out to be the most effective in ensuring the protection of human rights and freedoms. Among other things, this will also perform a preventive function against crimes that infringe on information of private character with signs of secrecy.

Key words: criminalization, stalking, pursuit, information of private character with signs of secrecy, private life.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.74

УДК 343.8

І.С. ЧАЛИЙ

*Ігор Сергійович Чалий, суддя Другого апеляційного адміністративного суду**

ORCID: 0000-0003-4185-2472

ДО ПИТАННЯ НАУКОВОЇ БАЗИ ФОРМУВАННЯ ПОНЯТТЯ СОЦІАЛЬНОЇ РЕАБІЛІТАЦІЇ ЗАСУДЖЕНИХ

Постановка проблеми. Загальновизнано, що точність термінології елементарно необхідна для правильного розуміння змісту поняття, що визначається. Тому, розглядаючи проблему місця соціальної реабілітації засуджених і звільнених у кримінально-виконавчій та іншій, пов'язаній з нею діяльністю, необхідно спочатку визначитися, що вкладається у зміст цього поняття та окреслити цілі й завдання, які постають при її реалізації. Лише таким чином можна встановити його істинність та правильність викладення (тлумачення).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика реалізації державної політики щодо реабілітації засуджених є однією з ключових, з позиції запобігання повторної злочинності, а тому ставала об'єктом вивчення різних науковців. Так, до окремих аспектів цієї теми є звернення в роботах К.А. Автухова, В.С. Батиргарєєвої, В.І. Борисова, В.В. Василевича, В.В. Голіни, Б.М. Головкина, О.М. Джужі, О.Г. Колба,

© І.С. Чалий, 2020

* *Igor Chaliy, Judge of the Second Administrative Appeal Court*

О.М. Литвинова, А.Х. Степанюка, П.Л. Фріса, О.М. Шевченка, Д.В. Ягунова, І.С. Яковець та ін. Водночас, як наголошується в дослідженні, детального аналізу підвалин розуміння правової категорії «реабілітація засуджених» не здійснювалось, що певною мірою й зумовило науковий інтерес.

Формулювання мети статті. Враховуючи зазначене, **метою** даної статті є аналіз наявних наукових позицій в різних галузях знань щодо складових елементів поняття соціальної реабілітації засуджених, базуючись на засадах істинності та правильності.

Виклад основного матеріалу. Говорячи про співвідношення категорій істинності й правильності, П.В. Копнін справедливо вказував, що ці поняття не можна відривати одне від одного, але водночас і неприпустимо їх отожднювати. Правильність – це оцінка не змісту думки, а дій людини, тобто відповідають вони встановленим правилам чи ні. Істинність – оцінка змісту думки, встановлення його тотожності об'єкту¹. Виступаючи методологічним підґрунтям пізнання взагалі, матеріалістична діалектика знаходить своє конкретне застосування в процедурах, алгоритмах і принципах соціальної реабілітації, визначає науковий шлях, напрям вирішення проблем. Правила ж формальної логіки є посилкою несуперечності, правильності побудови думки і тим самим суттєвою умовою діалектичного мислення². Таким чином, якщо діалектична логіка дозволяє встановити істинність людського пізнання, то формальна визначає правильний, послідовний шлях знаходження цієї істини; у такому розумінні вони невід'ємні, взаємозумовлені й лише в сукупності дають можливість вирішити ту чи іншу проблему. Для діалектичної логіки важливими є її принципи, що мають методологічне значення, характер основи пізнання об'єктивної істини. Головним із них є принцип об'єктивності, що визначає зміст і значення всіх інших. Це полягає в тому, що будь-яке визначення повинно правильно відбивати суть відповідного явища. Об'єктивність припускає всебічність і конкретність³, глибину розгляду об'єктів, проникнення в їх суттєві властивості, внутрішнє життя, пізнання їх такими, якими вони є в дійсності, без будь-яких суб'єктивних доповнень⁴. Стосовно соціальної реабілітації засуджених і звільнених, то принцип об'єктивності означає, що у визначенні цього поняття мають знайти відбиття загальні суттєві ознаки, об'єктивні властивості цієї категорії.

Діалектичний принцип розвитку вимагає розглядати предмет чи явище не раз назавжди наданим, поза рухом, а в його розвитку, зміні. Процес соціальної реабілітації повинен відбивати в собі стан розвитку відповідних об'єктів та процедур на даний конкретний момент, ті зв'язки й відносини, що склалися до цього. Поряд із тим він має включати в себе й напрями майбутнього розвитку, його закономірності, тенденції. Принцип розвитку потребує врахування якісних і кількісних ознак сторін соціальної реабілітації, єдність її складових, взаємні переходи та зміни.

У ході нашого дослідження певне здивування викликала та обставина, що, незважаючи на достатню популярність терміна «реабілітація» (на це вказує його широке вживання), ні в науковій літературі, ні в законодавчих актах немає його чіткого та однозначного визначення, тим паче, в контексті процесу виконання кримінальних покарань. Не дає уявлення про це й галузеве законодавство, зокрема, кримінально-виконавче та у сфері соціальної адаптації звільнених. Окремі фахівці взагалі прямо констатують, що проблема закріплення реабілітації у вітчизняному законодавстві пов'язана також з її абстрактністю, шаблонністю та невизначеністю. Реабілітація розглядається як така, що спрацьовує в будь-якому випадку, незалежно від того, на якого засудженого спрямовані реабілітаційні зусилля. Можна задатися питанням щодо особливостей реабілітації, наприклад, наркозалежних засуджених. Чи не занадто тяжкий тягар покладається на в'язниці? Те ж саме стосується реабілітації статевих злочинців⁵.

І, дійсно, чинне кримінально-виконавче законодавство містить у собі посилання на соціальну реабілітацію лише при визначенні назви однієї з дільниць установ виконання покарань – дільниці соціальної реабілітації, в яких тримаються засуджені, направлені з дільниці карантину, діагностики і розподілу, а також переведені з дільниці ресоціалізації в порядку, встановленому КВК України (до числа останнього категорії належать засуджені, які стають на шлях виправлення). Закон України «Про соціальну адаптацію осіб, які відбувають чи відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк» містить вказівку на те, що суб'єктами соціального патронажу надаються послуги тимчасового притулку, а також соціальні, медичні, юридичні, освітні, *реабілітаційні* та інші *послуги*⁶. Тобто певні згадки в нормативних актах розглядуваного поняття є, натомість без навіть поверхового окреслення його змісту. При цьому зміст будь-якого поняття – першочергове питання при його вивченні. Фахівці констатують, що, розмірковуючи, наприклад, про право, слід знати зміст цього поняття; кваліфікуючи вчинене як розбій, суд має знати склад цього злочину; викладаючи курс науки, лектор має роз'яснити зміст основних її понять і т. д. Зміст поняття, не поданий у слові, що виражає поняття безпосередньо, не є очевидним⁷. Це цілком стосується й соціальної реабілітації, оскільки із самого терміна витікає його розуміння та складові елементи.

До 2019 р. найбільш змістовне визначення розглядуваного поняття закріплювалося в ст. 1 Закону України «Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю», за якою соціальна реабілітація називалася одним із видів соціальної роботи, спрямованої на відновлення основних соціальних функцій, психологічного фізичного, морального здоров'я, соціального статусу сімей, дітей та молоді. При цьому закріплювалося, що соціальна реабілітація сімей, дітей та молоді передбачає здійснення доволі широкого кола заходів:

– навчально-виховної реабілітації у загальноосвітніх школах-інтернатах для дітей та молоді, які потребують соціальної допомоги; у спеціальних загальноосвітніх школах (школах-інтернатах) для дітей та молоді, які потребують корекції фізичного та розумового розвитку; у загальноосвітніх санаторних школах (школах-інтернатах) для дітей, які потребують тривалого лікування;

- соціально-лікувальної та психологічної реабілітації у відповідних закладах охорони здоров'я дітей та молоді, які зазнали жорстокості, насильства, зокрема домашнього, а також які постраждали внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС;
- фізичної реабілітації дітей та молоді з фізичними, розумовими вадами у спеціалізованих фізкультурно-оздоровчих закладах (клубах, центрах тощо);
- медико-соціальної реабілітації дітей, які зловживають алкоголем, наркотиками і які за станом здоров'я не можуть бути направлені до шкіл соціальної реабілітації та професійних училищ соціальної реабілітації;
- соціально-освітньої реабілітації в школах соціальної реабілітації та професійних училищах соціальної реабілітації дітей, які скоїли правопорушення;
- медико-соціальної, соціально-освітньої, фізичної та психологічної реабілітації дітей, звільнених від відбування покарання з випробуванням.

Соціальна реабілітація передбачає також працевлаштування, надання соціально-медичних, психолого-педагогічних, юридичних, інформаційних та інших видів соціальних послуг дітям, які відбували покарання у виді позбавлення волі на певний строк, та молоді, яка відбувала покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк, а також дітям, звільненим від відбування покарання з випробуванням. Соціальна реабілітація спрямовується на оптимізацію і коригування ставлення дітей та молоді, які перебувають у складних життєвих обставинах, до сім'ї та суспільства, виховання в них навичок до самообслуговування та самостійного проживання (ст. 10 Закону України «Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю» в редакції до 2019 р.)⁸.

Під час прийняття нової редакції Закону України «Про соціальні послуги»⁹ наведені положення були виключені без будь-якого обґрунтування, а соціальна реабілітація віднесена до числа соціальних послуг, що надаються при здійсненні соціальної роботи сім'ям, дітям та молоді на ряду з послугами соціальної профілактики, соціального супроводу та консультування. Водночас звужене змістове наповнення цього поняття шляхом посилення, що «соціальна реабілітація сімей, дітей та молоді передбачає здійснення: заходів, спрямованих на оптимізацію і коригування ставлення сімей, дітей та молоді до відповідального батьківства, формування у них навичок до самообслуговування, самостійного проживання та інтеграції в суспільство; соціального патронажу дітей, які відбували покарання у виді позбавлення волі, та молодих людей, які відбували покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі» (ст. 10 Закону України «Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю» в редакції 2019 р.)¹⁰.

У медицині під реабілітацією розуміють *процес*, спрямований на відновлення або якомога більш можливе зниження обмежень щодо здійснення активної діяльності особами, що постраждали внаслідок травм, а також отримання такими особами більшої незалежності та максимально можливої якості життя у фізичному, психологічному, соціальному та професійному вимірах. З цієї метою, залежно від типу вади, можливо, буде необхідна реалізація відповідних заходів, таких як медичне лікування, фізична реабілітація, професійна підготовка, підтримка соціального та психологічного стану або допомога у набутті економічної самодостатності¹¹. У свою чергу, фізична реабілітація – *система заходів*, спрямованих на вироблення і застосування комплексів фізичних вправ на різних етапах лікування й реабілітації, що забезпечують функціональне відновлення особи, виявляють і розвивають резервні і компенсаторні можливості організму шляхом вироблення нових рухів, компенсаторних навичок, користування технічними та іншими засобами реабілітації, виробами медичного призначення¹². Подібним чином визначається й психологічна реабілітація – як система заходів, спрямованих на відновлення, корекцію психологічних функцій, якостей, властивостей особи (військово-службовця), створення сприятливих умов для розвитку та утвердження особистості¹³.

У юриспруденції під терміном «реабілітація» (відновлення в правах) розуміють: рішення про закриття кримінального провадження або ухвалення виправдувального вироку; різновид відповідальності держави перед громадянами за діяльність створених нею органів; процес (процедуру), що здійснюється відповідними державними органами з приводу відшкодування шкоди; стан, коли шкода вже відшкодована (реабілітація «відбулася»); правовий інститут. При цьому реабілітацію частіше розглядають в останньому значенні, оскільки саме через норми правового інституту регламентуються і підстави та порядок прийняття реабілітаційного рішення, і відповідальність держави перед громадянами, і процедура відшкодування завданої шкоди, і правовий стан після її відшкодування¹⁴.

При цьому наголошується, що галузева належність інституту реабілітації остаточно не визначена. Пояснюється таке «неуважне» ставлення до інституту реабілітації, зокрема, й тим, що він, висловлюючись мовою військових, перебуває на «нічийній смузі» – на межі таких галузей права, як цивільне, кримінальне процесуальне, цивільне процесуальне, трудове, житлове. Тому представники відповідних галузей науки і навчальних дисциплін не вважають його «своїм». Однак у підсумку в кримінальному процесі дається таке визначення: реабілітація – це міжгалузевий правовий інститут, що регламентує процесуальний порядок реалізації відповідальності держави перед особою, метою якого є повне поновлення майнових, трудових, пенсійних, житлових, службових, інших особистих прав обвинуваченого, порушених під час кримінального провадження¹⁵.

Незважаючи на те, що в поняття «реабілітація» зазвичай вкладається відновлення прав незаконно звинуваченої людини, саме поняття реабілітації більш широке як за змістом, так і за підставами та порядком застосування. Є сенс говорити про те, що навіть такою найбільш загальною мовознавчою дефініцією понят-

тя «реабілітація» охоплює широке коло діяльності щодо поновлення доброго імені та повернення людині її прав, порушених не тільки слідчими і судовими органами, а і будь-якими іншими органами влади¹⁶.

Термін «реабілітація» походить від пізнелатинського «*rehabiti*» – здібність, «*rehabilitatio*» – відновлення здібностей. Реабілітація являє собою комплекс координування заходів фізичного, медичного, психологічного, соціального та педагогічного характеру, що спрямовані на якомога повніше відновлення здоров'я, психологічного статусу і працездатності людей, які втратили ці здібності в результаті перенесеного захворювання. Це досягається шляхом виявлення резервних можливостей організму і стимуляції його фізичних, психологічних і професійних можливостей. Саме тому однією з особливостей реабілітації в науці називається її багатоплановість та необхідність залучення для реалізації фахівців різних галузей знань¹⁷.

Висновки. Як видається, саме широкий підхід до розуміння розглядуваної категорії і має бути покладений в основу подальшого дослідження категорії «реабілітація засуджених», з тим лише уточненням, що слід говорити не про порушення прав незаконними чи невинуватими діями державних інституцій, а про відновлення прав, які зазнали втручання чи обмеження у зв'язку з засудженням та відбуванням покарання, а також подолання інших негативних наслідків ізоляції чи інших заходів кримінально-виправного впливу.

¹ Копнин П.В. Диалектика как логика и теория познания. Москва: Наука, 1973. 324 с. С. 81–92.

² Копнин П.В. Диалектика, логика, наука. Москва: Наука, 1973. 464 с. С. 112, 168.

³ Шептулин А.П. Диалектика как метод исследования социальных явлений: *Филос. науки.* № 3. 1977. С. 3–14. С. 7.

⁴ Андреев И.Д. Проблемы логики и методологии познания. Москва: Наука, 1972. 320 с. С. 67

⁵ Ягунов Д.В. Реабілітація злочинців як мета покарання: атавізм або вимушена необхідність? (філософсько-правовий аналіз). URL: https://dmytro-yagunov.at.ua/news/reabilitacija_zlochinciv_atavizm/2011-10-29-167 (дата звернення: 2.10.2020).

⁶ Про соціальну адаптацію осіб, які відбувають чи відбули покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі на певний строк: Закон України від 17.03.2011 р. № 3160-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3160-17> (дата звернення: 2.10.2020).

⁷ Жеребкін В.Є. Логіка. *Бібліотека українських підручників.* URL: http://libfree.com/104134363_logikaviznachennya_podil_ponyat.html (дата звернення: 2.10.2020).

⁸ Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю: Закон України від 21.06.2001 р. № 2558-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2558-14> (дата звернення: 2.10.2020).

⁹ Про соціальні послуги: проект Закону України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58997 (дата звернення: 2.10.2020).

¹⁰ Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю: Закон України від 21.06. 2001 р. № 2558-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2558-14> (дата звернення: 2.10.2020).

¹¹ Імплементативна угода між Кабінетом Міністрів України та Організацією НАТО з підтримки та постачання про реалізацію співпраці у сфері медичної реабілітації. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/950_034/ed20150917#n11 (дата звернення: 2.10.2020).

¹² Про реабілітацію осіб з інвалідністю в Україні: Закон України від 6.10.2005 р. № 2961-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2961-15/sp:max15> (дата звернення: 2.10.2020).

¹³ Положення про психологічну реабілітацію військовослужбовців Збройних Сил України, та Державної спеціальної служби транспорту, які брали участь в антитерористичній операції, здійснювали заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях чи виконували службові (бойові) завдання в екстремальних умовах: Наказ Міністерства оборони України від 9.12.2015 р. № 702. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0237-16> (дата звернення: 2.10.2020).

¹⁴ Лобойко Л.М. Кримінально-процесуальне право: Курс лекцій: навч. посіб. Київ: Істина, 2005. 456 с. URL: <http://ibib.ltd.ua/ponyattya-znachennya-reabilitatsiji.html> (дата звернення: 2.10.2020).

¹⁵ Поняття та значення реабілітації в кримінальному процесі: лекція. URL: <http://radnuk.info/pidrychnuku/protses/511-loboiko/11245-26-1.html> (дата звернення: 2.10.2020).

¹⁶ Ченцов В.В., Тертишник В.М. Реабілітація жертв незаконних кримінальних переслідувань, політичних репресій та зловживань владою: *Підручник для слухачів магістратури юридичних вузів.* Київ: Алерта, 2016. 324 с. С. 6.

¹⁷ Бурлак А.М. Игровые технологии как средство социально-культурной реабилитации военнослужащих : дисс. ... канд. пед. наук, РГБ, 2003. 204 с. С. 79.

Резюме

Чалый И.С. До питання наукової бази формування поняття соціальної реабілітації засуджених.

У статті відображено напрацювання автора, у розумінні вихідних засад, що мають бути застосовані при формуванні змістовного поняття соціальної реабілітації засуджених. Наголошується на важливості застосування широкого підходу до розуміння розглядуваної категорії, який і має бути покладений в основу подальшого дослідження категорії «реабілітація засуджених». При цьому слід говорити не про порушення прав незаконними чи невинуватими діями державних інституцій, як у нормах кримінального процесу, а про відновлення прав, які зазнали втручання чи обмеження у зв'язку з засудженням та відбуванням покарання, а також подолання інших негативних наслідків ізоляції чи інших заходів кримінально-виправного впливу.

Ключові слова: відбування покарання, компетенція, засуджені, соціальна реабілітація, звільнення від відбування покарання.

Резюме

Чалый И.С. К вопросу научной базы формирования понятия социальной реабилитации осужденных.

В статье отражены наработки автора, в понимании исходных принципов, которые должны быть применены при формировании содержательного понятия социальной реабилитации осужденных. Отмечается, важность применения широкого под-

хода к пониманию рассматриваемой категории, который и должен быть положен в основу дальнейшего исследования категории «реабилитация осужденных. при этом речь должна вестись не об нарушениях прав незаконными или неоправданными действиями государственных институтов, как в нормах уголовного процесса, а о восстановлении прав, подвергшихся вмешательству или ограничению в связи с осуждением и отбыванием наказания, а также преодоление других негативных последствий изоляции или иных мерах уголовно-исправительного воздействия.

Ключевые слова: отбывание наказания, компетенция, осужденные, социальная реабилитация, освобождение от отбывания наказания.

Summary

Igor Chalyi. To the question of scientific basis for the concept establishment of social rehabilitation of convicts.

It is generally accepted that the precision of terminology is essential for a correct understanding of the concept meaning being defined.

Considering the problem of a place for the social rehabilitation of convicted and released and other activities connected with it, firstly, it is necessary to determine what is being understood by this concept and to indicate the goals and objectives for its realization. Only this way it can be ascertained whether it is true and correctly stated (interpreted). It is generally accepted that the precision of terminology is essential for a correct understanding of the concept meaning. The purpose of this article was to analyse the existing scientific positions in various branches of knowledge on the constituent elements of social rehabilitation concept of convicted persons, based on the principles of truth and correctness.

The problem of state policy realization for the rehabilitation of convicted persons is one of the key issues from the point of view of preventing the crime recurrence and has, therefore, been studied by various scholars. At the same time, as further explained in the study, a detailed analysis of the basic understanding of the legal category “rehabilitation of convicted persons” was not carried out, what led to a certain degree of scientific interest. That is what this article does.

The analysis of the sectoral and penal enforcement legislation does not give an idea of the substantive grounds that the concept of social rehabilitation must correspond to. Rehabilitation services for convicts are considered in the context of the abstract category of social care. Through the review of the Law of Ukraine “On Social Services” a gradual departure of the legislator from the assignment of this category is seen. The medical aspect of understanding the category “rehabilitation” brings the author closer to a significant expansion of understanding of this category.

It seems that the broad approach to the understanding of the category should be the basis for further study of the category “rehabilitation of convicts”, except for specifying that it is not unlawful or unjustified action by state institutions, but the restoration of rights, which have been interfered with or restricted in connection with the conviction and serving of the sentence as well as overcoming other negative consequences of isolation or other measures of penal correction.

Key words: serving a sentence, competence, convicts, social rehabilitation, release from serving a sentence.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.75

УДК 341.4

В.В. ПОПКО

*Вадим Вікторович Попко, доктор юридичних наук, доцент Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка**

ORCID: 0000-0001-8358-7721

НЮРНБЕРЗЬКА МОДИФІКАЦІЯ МІЖНАРОДНОГО ЗЛОЧИНУ ТА КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ІНДИВІДІВ

Постановка проблеми. Сьогодні світ стикається з новими викликами, серед яких міжнародний тероризм, поширення ядерної зброї, наркотиків, транснаціональна злочинність; робляться спроби перекреслити такі принципи міжнародного права як заборона війни, невтручання у внутрішні справи держав, право народів визначати свій політичний і суспільний устрій без тиску ззовні. Протидія цим явищам потребує дослідження й подальшого осмислення багатьох явищ міжнародного кримінального права, зокрема й вивчення всіх аспектів ключової категорії міжнародного кримінального права – міжнародного злочину. Неможливість ігнорування міжнародного злочину з необхідністю передбачає неминучість притягнення до відповідальності осіб, що його вчинили, у зв'язку з чим досвід Нюрнберзького та Токійського трибуналів мають фундаментальне значення в розвитку міжнародного кримінального права. Актуальними залишаються питання розвитку категорії міжнародного злочину, її трансформації у зв'язку з поширенням транснаціональної злочинності у світі, процесуальних дій при розгляді воєнних злочинів, відповідальність посадових осіб, принципи розгляду справ у міжнародних судових інстанціях та інше.

Метою статті є дослідження нюрнберзької модифікації поняття міжнародного злочину як категорії міжнародного кримінального права, його історичних витоків формування та з'ясування особливостей, опираючись на теоретичні досягнення науки міжнародного права.

Аналіз останніх досліджень. Міжнародне кримінальне право стає все більш запитуваним у сучасній юриспруденції, становлення якого пов'язують з другою половиною минулого століття. Концепція міжнародного кримінального права утвердилась у зарубіжній юридичній доктрині й у працях вітчизняних вчених. Дослідниками вивчаються питання становлення та розвитку міжнародного кримінального права, його основні категорії, принципи та джерела, структурно-системний вимір, відповідальність та багато іншого. Особливий інтерес становлять питання міжнародної злочинності й притягнення до відповідальності за злочинні діяння. Сучасне розуміння міжнародного злочину, його «римська модель», пов'язана із розробкою «нюрнберзької модифікації», становлення якої відбулось після Другої світової війни у результаті Нюрнберзького процесу над головними воєнними злочинцями. Бібліографія щодо цього значна: опубліковані підготовчі й процесуальні матеріали та регламент Нюрнберзького процесу, зроблений детальний історичний аналіз цієї події. Правові питання також не обійдені увагою вчених: фундаментальною є праця А.Й. Полторака «Нюрнберзький процес: основні правові проблеми» (1966). Істотний внесок у розробку питань про відповідальність гітлерівських злочинців зробив член-кореспондент Академії наук СРСР А.Н. Трайнін. У 1944 р. вийшла його монографія «Кримінальна відповідальність гітлерівців», в якій вперше в радянській літературі розглянуті основні проблеми міжнародної кримінальної відповідальності. Міжнародні воєнні злочини, злочини проти людяності, сформульовані Нюрнберзьким трибуналом, а також «нюрнберзький спадок», тобто діяльність післявоєнних трибуналів, досліджував американський вчений П.Х. Магауайр у праці «Нюрнберг: Конфлікт інтересів під час Холодної війни» (1995). Науковий інтерес представляють статті збірник «Нюрнберзький процес. Суд над фашистськими суддями» (1970), «Нюрнберзький процес і сучасність» (1986), «Нюрнберзький процес: право проти війни і фашизму» (1995) та інші. Правові питання Нюрнберзь-

© В.В. Попко, 2020

* *Vadym Popko, Dr. hab. in Law, Associate professor, Associate professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

кого процесу вивчали М.Ш. Бассіоуні, К.-Г. Борхерт, Я. Броунлі, Г. Верле, І.І. Карпець, І.І. Котляров, В.М. Кудрявцев, Н.С. Лебедєва, І.А. Ледах, І.І. Лукашук, І.М. Махніборода, В.В. Пустогаров, Ю.О. Решетов, І.П. Сафіулліна, Е. Цоллер та інші вчені. Серед вітчизняних вчених, що безпосередньо досліджували питання «нюрнберзької модифікації» міжнародного злочину, назовемо професорів Н.А. Зелінську та Н.В. Дрьоміну-Волок.

Виклад основного матеріалу. Сучасне розуміння *міжнародного злочину* як діяння, що підлягає солідарному кримінальному переслідуванню держав чи усієї світової спільноти, сформувалось під впливом розвитку суспільних відносин, політичних та правових чинників. У ході гострої наукової дискусії, що була ускладнена суспільно-політичними процесами, які значною мірою визначалися політичними й ідеологічними протиріччями, протягом усього ХХ ст. формувались основні поняття міжнародного кримінального права. Одночасно йшов пошук налагодження міжнародного співробітництва у протидії інтернаціоналізованій злочинності. Дві світові війни ХХ ст., що завдали світу величезних втрат і злодіянь, гостро поставили питання про відповідальність злочинців та заснування органів міжнародної кримінальної юстиції, яким би надавалось право здійснювати кримінальне переслідування винних осіб від імені світової спільноти.

Міжнародне кримінальне право набуло самостійного характеру після Другої світової війни й приводом для цього послужило кримінальне покарання воєнних злочинців, а також осіб, що скоїли злочини проти миру й міжнародної безпеки шляхом розв'язання війни, за рішенням Нюрнберзького та Токійського трибуналів (1945–1946 р.). Проте елементи міжнародного кримінального права й міжнародної кримінальної відповідальності з'явилися набагато раніше сучасної епохи й пов'язані з війнами. Професор О.О. Мережко називає рішення Нюрнберзького і Токійського трибуналів «прикладом дієвості природного права у ХХ столітті», нагадуючи, що «історично природне право відіграло особливу роль у розвитку міжнародного права: деякі юристи навіть ототожнювали міжнародне право з природним правом»¹. У наш час проблеми міжнародного кримінального права набули надзвичайно великого суспільно-політичного значення, інтерес до якого виявляють не лише державні діячі, дипломати та юристи, а й уся міжнародна спільнота. Професор Н.А. Зелінська також зазначає: «Поняття міжнародного злочину сягає своїм корінням у русло природно-правових поглядів»² і в лексичі всіх народів світу найбільш адекватно відбиває моральний осуд цього зла.

Міжнародне кримінальне право виникло і розвивалося в міру усвідомлення народами тієї безумовної істини, що існують правопорушення, які зазіхають на основи існування всього людства і попирають права кожної людини. «Як іманентна властивість людини, що характеризує її як представника всього людського роду, права людини є позатериторіальними й позанаціональними. Вони становлять загальноцивілізаційну, загальнокультурну цінність незалежно від націй, ідеологій, релігій, і тому давно стали об'єктом міжнародно-правового регулювання. Права людини мають пряму дію і можуть застосовуватися *contra legem* (всупереч закону), якщо закон суперечить фундаментальним правам людини: не відображає природно-правові засади, не відповідає загально визнаним міжнародно-правовим принципам і нормам про права людини і громадянина», зазначає професор М.І. Козюбра³. Для протидії грубим порушенням прав людини існує багато засобів правового характеру, серед яких визнається *індивідуальна міжнародна відповідальність*, що «слід вважати першою найбільш важливою особливістю міжнародного кримінального права»⁴.

Початок сучасному розумінню міжнародного злочину і встановленню індивідуальної кримінальної відповідальності з міжнародного права був закладений Версальським мирним договором від 28 червня 1919 р.⁵, у ст. 227 (1) якого проголошувалось: «Союзні й держави, які об'єдналися, представляють Вільгельму II Гогенцоллерну, бувшому Германському Імператору, публічне обвинувачення у вищій зневазі міжнародної моралі і священної сили договорів». Імператор повинен був би постати перед міжнародним трибуналом, який з метою здійснення правосуддя, повинен був бути створений згідно ст. 227 (2). Також відповідно до Версальського договору (ст. 230) союзницькі держави отримали право передавати осіб своїм воєнним судам «за порушення законів і звичаїв війни», а уряд Німеччини повинен був передавати союзникам воєнних злочинців і сприяти їх переслідуванню. Проте, як зазначає Г. Верле, «нова й амбіційна модель»⁶ індивідуальної кримінальної відповідальності, сформульована у Версальському договорі, не була здійснена. Міжнародний трибунал не був створений, а колишній кайзер Німеччини отримав політичний притулок у Нідерландах і не був переданий кримінальному правосуддю. «В іншому переслідування воєнних злочинців воєнними судами Союзників не вдалось через уперте небажання Німеччини видавати Союзникам запитуваних ними осіб»⁷.

Проте певна реакція на воєнні злочини Германської імперії в Першій світовій війні відбулась: у Лейпцигу пройшли судові процеси перед Верховним судом Германського рейху («Лейпцизькі процеси з воєнних злочинів»⁸, на які союзники без великого бажання, але все ж погодились. Лейпцизькі процеси 1921–1927 р. значною мірою були показовими й не мали на меті серйозного переслідування злочинців, лише деякі з них завершилися винесенням обвинувальних вироків (було порушено більше ніж півтори тисячі справ, з яких лише тринадцять були доведені до стадії судових слухань; у дев'яти процесах, у яких були ухвалені рішення по суті, десять осіб були засуджені й шість виправдані). З огляду на зазначене слід визнати, що Лейпцизькі процеси з воєнних злочинів здійснили лише «опосередкований вплив на розвиток міжнародного кримінального права, оскільки юридичною підставою для здійснення цих процесів перед Верховним судом було німецьке кримінальне право»⁹. Верховний суд застосував склади злочинів, сформульовані у Кримінальному кодексі Рейху, однак посилався й на норми міжнародного права для встановлення протиправності діянь.

У результаті такого правозастосування можна стверджувати, що кримінальне переслідування міжнародних злочинів, здійснених Германською імперією в Першій світовій війні, по суті не відбулось. Однак ідея

індивідуальної кримінальної відповідальності з міжнародного права була вперше недвозначно визнана у Версальському міжнародному договорі (1919), що створило умови для подальшого розвитку права у відповідь на злодіяння Другої світової війни.

Ще одна спроба притягнути до кримінальної відповідальності осіб, винних у масових депортаціях і вбивствах сотень тисяч вірмен-християн у Туреччині в період з 1915 р., також виявилася безуспішною. Севрський мирний договір¹⁰, підписаний у 1920 р., що так і не набрав чинності, прямо передбачав обов'язок передати осіб, відповідальних за ці діяння, до невизначеного в Договорі союзницького чи міжнародного суду.

Після Другої світової війни в міжнародному кримінальному праві гостро постало питання розробки складів міжнародних злочинів, у першу чергу воєнних злочинів, й необхідність визначення правозастосовного суб'єкта, яким стали трибунали *ad hoc* – Нюрнберзький та Токійський міжнародні воєнні трибунали над головними нацистськими воєнними злочинцями. Нюрнберзький процес 1945–1946 р. став першим реально діючим міжнародним кримінальним судом, у якому обвинуваченими були фізичні особи, що мали повний обсяг процесуальних прав і виступали від власного імені. Перед Міжнародним воєнним трибуналом, що складався із суддів, призначених урядами СРСР, США, Великобританії і Франції, постали вищі політичні і воєнні керівники Німеччини, а також керівники Націонал-соціалістичної робочої партії Німеччини (НСДАП)¹¹. Прецедентні рішення цих трибуналів довели здатність криміналізації злочинних діянь у міжнародному праві, що не є злочином за національним правом, й слугують підставою розробки концепції міжнародного злочину в новому значенні, який тісно пов'язаний із міжнародною юстицією. «Після другої світової війни, – писав Д.Б. Левін, – у міжнародному праві склалось поняття міжнародного злочину як кримінального злочину окремих осіб, що здійснили посягання на мир між народами, на свободу народів і на основні права людини»¹². Із зазначеного випливає, що поняття «злочин» в його прямому кримінально-правовому сенсі вийшло за межі національного права й набуло рис міжнародного злочину. Міжнародний злочин стає відносно автономним від критеріїв злочинного і караного, що визначаються нормами національного права. Як зазначає професор Н.А. Зелінська, «ця автономія може бути виражена в невизнанні злочинного характеру діянь, криміналізованих національним правом, з одного боку, і міжнародно-правової криміналізації діянь, що не визнаються злочинними за національним правом, – з іншого. Не все, що заборонено національним кримінальним правом, злочинне, і не все, що не заборонено національним кримінальним правом, – незлочинне»¹³.

Поняття міжнародного злочину стає принципово відмінним від злочину за національним правом: по-перше, воно формується в результаті діяльності Міжнародного воєнного трибуналу; по-друге, суб'єктом злочину визнається індивід як персоніфікований злочин держави; по-третє, за вчинення міжнародного злочину настає індивідуальна кримінальна відповідальність суб'єкта злочинної діяльності.

Правову основу Нюрнберзького міжнародного трибуналу склали такі документи: 1) Московська декларація від 30 жовтня 1943 р. / Декларація чотирьох держав з питання про загальну безпеку (СРСР, США, Великобританія, Китай, пізніше була схвалена Французьким Комітетом національного звільнення)¹⁴, яка була ухвалена на Нараді міністрів іноземних справ держав-союзниць з антигітлерівської коаліції (м. Москва); 2) Берлінська декларація «Про поразку Німеччини і взяття на себе верховної влади відносно Німеччини урядами СРСР, Великобританії, США і Тимчасовим урядом Франції» від 5 червня 1945 р.¹⁵ – документ про умови капітуляції Третього рейху, що став юридичною основою для законодавчої і адміністративної діяльності окупаційних властей на німецькій території в перші післявоєнні роки. У Декларації союзники оголосили наміри застосувати такі заходи, які вони знайдуть необхідними для майбутнього миру і безпеки; 3) Лондонська угода від 8 серпня 1945 р. між урядами Союзу Радянських Соціалістичних Республік, Сполучених Штатів Америки, Об'єднаного Королівства Великобританії і Північної Ірландії і Тимчасовим урядом Французької Республіки «Про судові переслідування і покарання головних воєнних злочинців європейських країн осі», до якої додавався *Статут Міжнародного Воєнного Трибуналу*¹⁶.

Статут Міжнародного міжнародного трибуналу (Нюрнберзький статут чи Статут МВТ), утверджений чотирма державами, що отримали перемогу в Другій світовій війні, через укладення Лондонської угоди 8 серпня 1945 р., може вважатися, за виразом професора Г. Верле, «свідомим про народження» міжнародного кримінального права¹⁷.

Також джерелами цих документів слід визнати звичаєву практику і загальні принципи права. Безумовно, міжнародний звичай як доказ загальної практики «є юридичною підставою відповідальності посадових осіб за здійснення міжнародних злочинів. До того як були створені нюрнберзькі правові норми, у багатьох національних судах вже здійснювалось кримінальне переслідування фізичних осіб за злочини проти міжнародного права, і особливо – проти законів війни»¹⁸. Щодо визнання загальних принципів права джерелом Нюрнберзького Статуту німецький професор Г. Верле пише: «Думка щодо того, чи всі діяння, що переслідувались Міжнародним воєнним трибуналом, вже визнавались злочинними з міжнародного права на момент їх здійснення, не є єдиною»¹⁹. Однак безсумнівно, що покарання за здійснення воєнних злочинів мало під собою тверде підґрунтя, що вже існувало на момент їх здійснення. Щодо злочинів проти людяності безспірним було у крайньому разі те, що такі злочини, як вбивство, рабство, тортури і згвалтування, визнавались такими в усіх правових системах того часу. Таким чином, під сумнів ставилась не злочинність цих діянь як така, а їх переслідування в рамках правової категорії злочинів проти людяності і їх безпосередня криміналізація з міжнародного права. Проте і в зв'язку з цим можна стверджувати, що кримінальне переслідування злочинів проти людяності виникало із визнаного джерела міжнародного права – загальних принципів права»²⁰.

Згідно зі Статутом (ст. 6) до юрисдикції Трибуналу належать три групи злочинів: *злочини проти миру* (планування, підготовка, розв'язання чи ведення агресивної війни чи війни в порушення міжнародних договорів, угод чи завірень); *воєнні злочини* (порушення законів і звичаїв війни, у тому числі вбивства, знущання чи уведення в рабство чи для інших цілей цивільного населення окупованої території, вбивства чи знущання з військовополонених чи осіб, що перебувають у морі, вбивства заручників, пограбування суспільної чи приватної власності, безглузда руйнація міст, розорення, не виправдане воєнною необхідністю та інші злочини); *злочини проти людяності* (вбивства, знищення, рабство, висилка та інші жорстокості, здійснені щодо цивільного населення до чи під час війни, чи переслідування з політичних, расових чи релігійних мотивів з метою здійснення чи у зв'язку з будь-яким злочином, що підлягає юрисдикції Трибуналу).

Положення Статуту знайшли переконливе підтвердження й у вироку Нюрнберзького трибуналу: «Законодавство війни можна виявити не лише в договорах, а й у звичаях, і в практиці держав, які поступово отримали всезагальне визнання, і в загальних принципах правосуддя, що застосовувалися юристами і практикувалися у воєнних судах. Це право не є незмінним, але шляхом постійного пристосування воно застосовується до потреб мінливого світу. У дійсності в багатьох випадках договори лише виражають і визначають для більшої формальної точності принципи вже існуючого права»²¹.

При створенні Статуту Міжнародного трибуналу існувала правова необхідність узгодження й гармонізації різних правових систем права: континентальної, англоамериканської та прийнятої в Радянському Союзі. Гострі дебати розгорнулись з питання про злочинний характер агресивної війни. Представник Франції професор А. Тро не вважав її міжнародним злочином, англійці ж, погоджуючись зі злочинним характером агресії і відповідності з нормами міжнародного права, водночас зазначали, що за неї не передбачено кримінальне покарання. Радянські й американські делегації доводили, що відсутність конкретних санкцій нічого не змінює. Адже за здійснення інших міжнародних злочинів, таких як порушення законів і звичаїв війни, також не встановлені певні покарання. Однак Женевська конвенція про поліпшення долі поранених та хворих у регулярних арміях від 27 липня 1929 р. передбачала в принципі їх кримінальну карність.

Основними постулатами Статуту було визнання, по-перше, певних фактичних діянь (злочини проти миру, воєнні злочини і злочини проти людяності) *міжнародними злочинами*; по-друге, зазначені злочини тягнуть *індивідуальну кримінальну відповідальність за міжнародним правом*. Дана точка зору була революційною, адже фізичні особи були вперше притягнені до кримінальної відповідальності за нормами міжнародного права, що знайшло юридичне вираження у вироку Міжнародного воєнного трибуналу: «Злочини проти міжнародного права здійснюються людьми, а не абстрактними суб'єктами, і тільки через покарання фізичних осіб, що здійснили такі злочини, може бути забезпечено дотримання положень міжнародного права». Були визнані наявними юридичні та фактичні підстави притягнення до відповідальності посадових осіб держави. Юридичними підставами є сукупність юридично обов'язкових міжнародно-правових актів, на основі яких певна поведінка кваліфікується як міжнародне правопорушення. Фактичними підставами були чітко встановлені елементи міжнародних правопорушень, складі міжнародних злочинів.

Об'єктом міжнародних злочинів германських посадових осіб стали незалежність та суверенітет, а також територіальна цілісність держав, що зазнали агресії. У даному випадку об'єкт міжнародного злочину має ще й таку особливість як порушення міжнародних зобов'язань, що випливають із міжнародних договорів. Об'єктивну сторону злочинів склали конкретні управлінські рішення й дії організаційно-розпорядчого характеру, спрямовані на планування, підготовку, розв'язання і ведення агресивної війни з порушенням міжнародних договорів, а також інші злочинні дії, здійснені ними під час війни. До об'єктивної сторони злочинних діянь належать управлінські рішення в письмовій формі (накази, розпорядження, директиви, вказівки тощо), так і рішення, виражені в усній формі, наприклад План «Барбаросса» – план війни проти СРСР, був розроблений Генштабом вермахта на підставі усного доручення головнокомандувача А. Гітлера²². Суб'єктивний склад злочину слід визначити, опираючись на ст. 7 Статуту Міжнародного Воєнного Трибуналу, у якій суб'єктами названі вищі посадові особи держави-агресора, а також відповідальні чиновники різних урядових відомств, правомочні тією чи іншою мірою вирішувати питання війни. Суб'єктивну сторону злочинів, здійснених нацистами, безумовно складала вина у формі прямого умислу, коли винні у здійсненні злочинів особи передбачали наступ суспільно-небезпечних наслідків своїх дій й, більше того, домагалися їх настання. Кримінальне переслідування воєнних злочинців передбачало, крім справедливого покарання винних і захисту потерпілих від злочинів, ще й превентивну мету. У цьому сенсі прецедент Нюрнберзького трибуналу має велике значення: до міжнародної кримінальної відповідальності були притягнені вищі посадові особи нацистської Німеччини, винні у здійсненні тяжких злочинів проти миру і людяності, з них дванадцять підсудних осіб підлягали смертній карі, сім підсудних – тривалому тюремному ув'язненню, а троє виправданих Нюрнберзьким судом згодом постали перед Комісією із денацифікації та як головні винуватці підлягали тюремному ув'язненню.

Принцип індивідуальної кримінальної відповідальності є давньою нормою звичаєвого міжнародного права, визнаною ще в Кодексі Лібера²³, який є першим прикладом кодифікації права війни. Кодекс Лібера – Інструкція для управління діючою армією Сполучених Штатів від 24 квітня 1863 р., своєрідна польова інструкція, складена під час Громадянської війни в США за дорученням президента Лінкольна, професором Францем Лібером, і отримала після обговорення в особливій воєнній комісії законодавчу санкцію. Успішне застосування Кодексу Лібера надало йому довіру держав і згодом він знайшов юридичне закріплення в багатьох договорах, що належать до міжнародного гуманітарного права, які й складають правову основу відпо-

відальності фізичних осіб за здійснення міжнародних злочинів. Це у першу чергу Гаазька конвенція про закони і звичаї сухопутної війни 1907 р., Московська декларація від 30 жовтня 1943 р. про відповідальність гітлерівців за здійсненні злочинів, статuti Нюрнберзького та Токійського міжнародних воєнних трибуналів.

Принцип індивідуальної кримінальної відповідальності пізніше був закріплений у Конвенції про запобігання злочину геноциду і покарання за нього від 9 грудня 1948 р., Конвенції про припинення злочину апартеїду та покарання за нього від 30 листопада 1973 р., Женевських конвенціях про захист жертв війни 1949 р. і Додаткових протоколах I, II до них 1977 р., Конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту від 14 травня 1954 р. і Другому протоколі до неї 1999 р. та Римському Статуті Міжнародного кримінального суду 1998 р.

На Нюрнберзькому процесі, головною метою якого було покарання винних осіб у розв'язанні війни і пов'язаних із нею злочинах, захисники обвинувачених висували різні аргументи й заявляли «про наявність у обвинувачених непереборного «внутрішнього конфлікту», що виникає в їхній свідомості із-за конкуренції двох систем права: чинного всередині держави законодавства і положень міжнародного права, що по-різному оцінюють здійснені діяння. Застосуванням до раніше здійснених злочинів встановлених пізніше юридичної кваліфікації і кримінально-правових санкцій порушується заборона ретроактивного застосування норм кримінального права»²⁴.

У вироку Нюрнберзького трибуналу була обґрунтована теорія, згідно з якою злочини, віднесені до його юрисдикції, розглядались як злочини за загальним міжнародним правом, що існували до прийняття Статуту і самого процесу. До воєнних злочинів, заборона яких з точки зору загального міжнародного права заперечень не викликала, додавались злочини проти миру і злочини проти людяності. Вважаючи, що всезагальність і сила принципів міжнародного права властиві самій його природі, Трибунал стверджував, що з точки зору основної ідеї загального міжнародного права явно злочинними є дії, які порушують інтереси, що захищаються міжнародним правом²⁵. Отже, у межах Нюрнберзького процесу встановлювалась власна концепція міжнародного злочину, зафіксована в нормах і рішеннях Трибуналу. Це була система норм, що виходила за рамки національного права, встановлювала свій механізм криміналізації і механізм правосуддя, тобто передбачала відповідальність за злочинні діяння на засадах власної юрисдикції.

У рішеннях Нюрнберзького Трибуналу, як і пізніше у вироку Токійського Трибуналу, сформувалась концепція, згідно з якою всі злочини (проти миру, людяності й воєнні злочини), що інкримінувались обвинуваченим, є злочинами за загальним міжнародним правом, тобто міжнародними злочинами. Нюрнберзький трибунал у своєму вироку спирався на теорію, відповідно до якої злочини, які належать до його юрисдикції, розглядались як злочини із загального міжнародного права, що існували задовго до прийняття Статуту і початку Нюрнберзького процесу.

Вразливість цієї концепції викликала гострі дискусії в доктрині міжнародного права. Більшість вчених заперечували будь-яке порушення принципів «*ex post facto*» і «*nullum crimen, nulla poena sine lege*». Так, радник судді Роберта Х. Джексона від США на Нюрнберзькому процесі, відомий дослідник воєн Куїнсі Райт, зазначав, що міжнародне право містило заборону на дії, перераховані у Статуті, задовго до того, як інкриміновані злочини були здійснені підсудними²⁶.

Відомий бельгійський вчений С. Глазер писав, що міжнародне кримінальне право бере свій початок із міжнародної правосвідомості й захищає важливі інтереси, спільні для багатьох держав, у зв'язку з чим основною заповіддю законності у сфері міжнародного кримінального права є більш широкий, у природно-правовому сенсі сформульований принцип: «Немає злочину без вказівки на те в праві (*nullum crimen sine iura*)»²⁷.

Професор І.І. Лукашук, вбачаючи в позиції Трибуналу деяке порушення принципів «*nullum crimen sine lege*» і «*ex post facto*», особливо в тому, що стосувалось обвинувачень в злочині агресії, писав: «У крайньому разі, щодо відповідальності окремих осіб за злочини проти миру, держави, що підписали Лондонську угоду, скоріше створили нові, а не застосували чинні норми права»²⁸. Як зазначають Н.А. Зелінська та Н.В. Дрьоміна-Волок, «слід визнати, що це був випадок ретроактивного застосування права, але право завжди краще безправ'я, а правосуддя, навіть «правосуддя переможців» – надає перевагу розправі»²⁹. Авторитетною щодо цього є точка зору професора В.Ф. Антипенка, який зазначає, що «персоналії винних у трагедії Другої світової війни були достатньо очевидні, і юридичний процес, вибудований на основі кримінальної за міжнародним правом відповідальності фізичних осіб, з усією очевидністю здавався ефективним»³⁰. Англійський юрист, член Комісії міжнародного права ООН Ян Броунлі слушно зазначає, що якщо й існують сумніви щодо того, чи були вони загальним міжнародним правом до 1945 р. то, «яким би не був стан права до 1945 р., положення ст. 6 Статуту Нюрнберзького трибуналу згодом стали складовою частиною загального міжнародного права»³¹.

Доказом тому є «Ствердження принципів міжнародного права, що визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу», ухвалені Резолюцією 95 (I) від 11 грудня 1946 р.³², якою Генеральна Асамблея ООН підтвердила принципи міжнародного права, визнані Статутом Нюрнберзького Трибуналу і які знайшли вираження в рішенні Трибуналу. Розвиток цих положень продовжила створена в 1947 р. Комісія міжнародного права ООН, яка у 1950 р. прийняла і представила Генеральній Асамблеї ООН «Принципи міжнародного права, визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу і знайшли вираження в рішенні цього трибуналу». Виходячи з того, що «будь-яка особа, що здійснила будь-яку дію, яка визнається, згідно міжнародного права, злочиним, несе за

нього відповідальність і підлягає покаранню» (принцип I), проголошувалось, що та обставина, що за внутрішнім правом не встановлено покарання за будь-яку дію, що визнається, згідно з міжнародним правом, злочиним, не звільняє особу, яка здійснила цю дію, від відповідальності за міжнародним правом» (принцип II).

Наслідком виникнення безпосередньої кримінальної відповідальності індивідів за міжнародним правом є перш за все те, що на зміну територіального принципу і принципу громадянства, що служили основою розмежування юрисдикції держав у протидії злочинам міжнародного характеру, прийшов принцип універсальності. У міжнародному праві, як зазначає професор Ю.А. Решетов, «все більше утверджується принцип універсального переслідування осіб, винних у міжнародних злочинах. Згідно з цим принципом, кримінальному переслідуванню підлягають особи незалежно від місця здійснення злочину чи їх громадянства»³³.

Під час Нюрнберзького процесу постала ще низка питань, які вимагали юридичного обґрунтування. Зокрема, захисники обвинувачених висували різні аргументи щодо того, що події міжнародної політики не можуть бути предметом юридичних рішень, що порушується принцип імунітету вищих посадових осіб, що дія, вчинена за наказом начальника, не може розглядатися як злочин. Цей перелік може бути доповнено посиланням на внутрішньодержавне германське право, на крайню необхідність, доктриною «колізії обов'язків» та ін. Виходило зачароване коло – глав держав судити не можна, оскільки вони мають імунітет, уряд і військове командування діяли від імені держави – отже, є непідсудними, а всі інші злочинці діяли відповідно до наказів і також не відповідали за свої дії³⁴.

У діяльності Трибуналу було докладено немало зусиль, щоб забезпечити підсудних захисниками. В умовах післявоєнної Німеччини не всіх адвокатів, вказаних підсудними, можна було знайти. Інших адвокатів не можна було допустити до участі у процесі, оскільки вони самі були замішані у злочинах гітлерівців. Інші ж відмовлялись захищати головних воєнних злочинців. З огляду на це Трибунал запросив від окупованих властей списки адвокатів, що проживають в їх зонах. Це дозволило підібрати склад захисників, що відповідав бажанням підсудних і прийнятний для даного процесу. Слід також зазначити, що після захоплення влади у 1933 р. гітлерівці реорганізували колишню судову систему, перетворивши її на слухняне знаряддя нацистського керівництва, що забезпечувало проведення терору як всередині країни, так і на окупованих територіях. За слушним зауваженням Г. Димитрова, вся правова система гітлерівського рейху була спрямована на утвердження влади «режиму правлячої кримінальщини».

Проте, не дивлячись на всі ці проблеми, на поставлені запитання в нормах Статуту містяться ґрунтовні відповіді. У ст. 8 Статуту встановлено: «Той факт, що підсудний діяв за розпорядженням уряду чи наказу начальника, не звільняє його від відповідальності, але може розглядатися як довід для пом'якшення покарання, якщо Трибунал визнає, що цього вимагають інтереси правосуддя». Зміст цієї статті був підтверджений у вироку Нюрнберзького трибуналу, а заяви підсудних виправдати злочинні дії виконанням наказу визнані безпідставними: «Накази зверху навіть для солдата не можуть розглядатися як пом'якшуючі обставини там, де свідомо, безжалісно, без усіякої воєнної необхідності чи мети здійснювались такі приголомшливі й поширені злочини»³⁵. Керівники німецького вермахта і генштаба Кейтель, Йодль, Редер і Деніц, що знаходились на лаві підсудних, намагались пояснити свої злочини виконанням наказу та військового обов'язку, проте Міжнародний воєнний трибунал відхилив ці пояснення, розцінивши їх як спробу зняти з себе відповідальність за здійснення тяжких кримінальних злочинів.

Обвинувачених не звільнили від кримінальної відповідальності ані посилання на імунітет, що впливає з доктрини державного акту, ані посилання на наказ чи відсутність внутрішньодержавних кримінально-правових норм щодо цих злочинів³⁶. 1 жовтня 1946 р. було оголошено вирок, яким вперше в сучасній історії були засуджені не порушники, а творці й виконавці державних законів, які обвинувачувались у злочинах проти міжнародного права. Важливим підсумком заснування та діяльності Міжнародного воєнного трибуналу для суду над головними воєнними злочинцями Другої світової війни стало визнання конкретних діянь тяжкими міжнародними злочинами та неминучість настання відповідальності за їх вчинення, що мала персоніфіковане вираження. Нюрнберзькому трибуналу вдалось те, що не вдалось після Першої світової війни. З того часу злочинний характер найбільш небезпечних порушень міжнародного права міцно утвердився в міжнародній правовій системі. Злочини, що ставились у провину підсудним, були реалізацією агресивної державної політики і нацистської ідеології, яка була засуджена на процесі. Агресивна війна і людиноненавистницька ідеологія стали «обвинуваченими» процесу. Відмовитися від обвинувачення у вчиненні злочинів проти миру означало б залишити безкарними найтяжчі злодіяння. У вироку Міжнародного воєнного трибуналу говориться: «Війна за самою своєю суттю – зло. Її наслідки не обмежені одними тільки воюючими країнами, вони стосуються всього світу. Тому розв'язання агресивної війни є не просто злочиним міжнародного характеру – воно є найтяжчим міжнародним злочиним...»³⁷.

Зазначені положення міжнародного кримінального права, застосовані в Нюрнберзі, були підтверджені й у ході другого процесу щодо злочинців Другої світової війни у м. Токіо в період з 1946 по 1948 р., а згодом були перевірені й підтверджені в ході наступних численних судових процесів в окупованих зонах. Норми міжнародного кримінального права формулювали складні найтяжчих міжнародних злочинів, визначали підсудність злочинців міжнародним трибуналом «незалежно від того, чи були ці дії порушенням внутрішнього права країни, де їх було вчинено, чи ні» (ст. 6 «з»), встановлювали кримінальну відповідальність індивідів за міжнародним правом за вчинення передбачених ними злочинів. Як зауважив І.І. Лукашук, визначалась «пріоритетна сила міжнародного права щодо права національного при визначенні складу таких злочинів і відповідальності за їх вчинення»³⁸.

Отже, нюрнберзька концепція міжнародного злочину базується на визнанні необхідності кримінально-правового захисту основних загальнолюдських цінностей незалежно від того, чи відображений склад відповідних злочинів у законах держави, на території якої вони здійснені, що підтверджено у ст. 6 п. «с» Статуту Нюрнберзького трибуналу, де зазначається про злочини, що підлягають його юрисдикції, «незалежно від того, чи є ці дії порушенням внутрішнього права країни, де вони були здійснені, чи ні». Міжнародні злочини підлягають кримінальному переслідуванню незалежно від наявності кримінально-правової заборони в національному праві держави, на території якої їх вчинено. Органи міжнародної кримінальної юстиції і внутрішньодержавні суди мають право здійснювати правосуддя щодо осіб, яким інкримінуються такі злочини, безпосередньо на основі норм міжнародного права. У такому випадку криміналізація міжнародних злочинів у національному праві потребує узгодженого підходу. Про це писав Ф. Біддл, що був членом Нюрнберзького трибуналу від США, «не можна допускати, щоб внутрішньодержавне право конфліктувало з міжнародним правом, що стоїть над ним... Якби ми досягли будь-яких інших результатів, міжнародне право як таке втратило би свій зміст»³⁹. Норми міжнародного права, що передбачають міжнародну кримінальну відповідальність за вчинення міжнародних злочинів (воєнні злочини, геноцид, злочини проти людяності), на думку багатьох авторитетних вчених, є імперативними⁴⁰.

Значення Нюрнберзького процесу та його вироку для розвитку міжнародного кримінального права є фундаментальним й багатоаспектним. Не дивлячись на те, що Міжнародний воєнний трибунал у Нюрнберзі був трибуналом *ad hoc*, однак його принципи покладені в основу усієї післявоєнної міжнародної кримінальної юстиції і стали концептуальною основою формування галузі міжнародного кримінального права. До цього існували міжнародно-правові норми, що передбачали відповідальність за порушення законів і звичаїв війни. З цього часу поняття «злочин» виведено з межі національного права й слугує підставою індивідуальної кримінальної відповідальності за міжнародним правом. Нюрнберг не тільки ініціював революцію в міжнародному праві, а й торкнувся багатьох аспектів права внутрішньодержавного. Його значна гуманістична, морально-політична, правова й світоглядна спадщина має багато граней і протягом десятиліть залишається в центрі наукових і політичних дискусій⁴¹. До того ж Нюрнберзький трибунал, по суті, юридично оформив заборону нацистської фашистської ідеології.

Поняття міжнародного злочину, що сформувалось під час Нюрнберзького процесу, стало підставою для індивідуальної кримінальної відповідальності, з плином часу зазнало суттєвої трансформації. Поряд із «нюрнберзькою» модифікацією міжнародного злочину, що була сконструйована Нюрнберзьким та Токійськими прецедентами, виділяють ще «постнюрнберзьку», що розвивалась під впливом національної судової практики і розвитку міжнародного права; «гаазьку», формування якої пов'язано із заснуванням і діяльністю міжнародних трибуналів у Гаазі і Аруші; та «римську», закладену в Римському статуті Міжнародного кримінального суду⁴². Із плином часу під впливом інтернаціоналізації злочинності та інших суспільних процесів поняття «міжнародний злочин» набуло подвійної характеристики й розвивається у двох відносно автономних напрямках. З одного боку, злочинне діяння має міжнародну поширеність і є порушенням національної кримінально-правової заборони (корупція, відмивання незаконних коштів, наркобізнес тощо), що стало підставою для формулювання категорії *транснаціонального злочину* й виокремлення автономної підгалузі міжнародного кримінального права – *транснаціонального кримінального права*. З іншого боку, злочинне діяння безпосередньо порушує міжнародну кримінально-правову заборону (злочини проти миру, воєнні злочини та злочини проти людяності) і слугує підставою індивідуальної кримінальної відповідальності за міжнародним правом *stricto sensu* (міжнародний злочин *stricto sensu*). Відповідальність за здійснення міжнародних злочинів виникає безпосередньо із норм міжнародного права, для цього не вимагається, щоб відповідна норма містилась в національному законодавстві.

¹ Мережко А.А. Введение в философию международного права. Гносеология международного права. Київ: Юстиниан. 2002. 192 с. С. 32.

² Зелінська Н.А. Природно-правовая интерпретация понятия «мижнародний злочин». *Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. праць*. 2009. Вип. 50. С. 250–257. С. 250.

³ Козюбра М. Правовий закон: проблема критеріїв. *Вісник Академії правових наук України: Збірник наукових праць*. № 2(33)–3(34). С. 83–95. С. 92.

⁴ Решетов Ю.А. Нюрнбергский процесс и международное уголовное право / *Нюрнбергский процесс и современность* / Отв. ред. В.В. Пустогаров / АН СССР, Ин-т государства и права. Москва: ИГПАН, 1986. С. 150–162. С. 152.

⁵ Версальський мирний договір 1919. *Юридична енциклопедія*: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 1998. Т. 1. 672 с. С. 339–340.

⁶ Верле Герхард. Принципы международного уголовного права: учебник / Герхард Верле; пер. с англ. С.В. Саяпина. Одесса: Феникс–Москва: ТрансЛит, 2011. 910 с. С. 6.

⁷ Там само. С. 6.

⁸ Hankel G. Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg. Hamburg 2003: 550 S.

⁹ Верле Герхард. Принципы международного уголовного права: учебник / Герхард Верле; пер. с англ. С.В. Саяпина. Одесса: Феникс–Москва: ТрансЛит, 2011. 910 с. С. 8.

¹⁰ Севрский мирный договор от 10 августа 1920 г. URL: <http://www.doc20vek.ru/node/3429>

¹¹ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: Сборник материалов в семи томах / под общ. ред. Р.А. Руденко. Москва: Гос. Изд-во юридической литературы. 1957–1961. Т. 7. 1961. 760 с.; Полторак А.И. Нюрнбергский процесс (Основные правовые проблемы). Москва: Наука, 1966. 352 с.

- ¹² Левін Б.Д. Ответственность государств в современном международном праве / АН СССР. Ин-т государства и права. Москва: Международные отношения, 1966. 152 с. С. 14.
- ¹³ Зелинская Н.А. Международные преступления и международная преступность: Монография. Одеса: Юридична література, 2006. 568 с. С. 21.
- ¹⁴ Московская декларация 1943 года / Декларация четырёх государств по вопросу о всеобщей безопасности (30 октября 1943 года). URL: <https://ru.wikisource.org/wiki/>
- ¹⁵ Декларация о поражении Германии. *Великая Отечественная война 1941–1945: энциклопедия* / под ред. М.М. Козлова. Москва: Советская энциклопедия, 1985. 832 с. С. 237.
- ¹⁶ Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі від 8 серпня 1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201#Text
- ¹⁷ Верле Герхард. Принципы международного уголовного права: учебник / пер. с англ. С.В. Саяпина. Одесса: Фенікс–Москва: ТрансЛит, 2011. 910 с. С. 9.
- ¹⁸ Измайлова П.Р. Международные преступления. *Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2011. № 5. С. 180–187.
- ¹⁹ Bassiouni M.Ch. Introduction to International Criminal Law. Martinus Nijhoff Publishers. 2003. 1260 p. P. 408.
- ²⁰ Верле Герхард. Принципы международного уголовного права: учебник / Герхард Верле; пер. с англ. С.В. Саяпина. Одесса: Фенікс–Москва: ТрансЛит, 2011. 910 с. С. 13–14.
- ²¹ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: Сб. материалов в семи томах. Т. 7. Москва, 1961. С. 363–366.
- ²² Великая Отечественная война. Краткий научно-популярный очерк / под общ. ред. П.А. Жилина. Москва: Политиздат, 1970. 638 с. С. 35.
- ²³ Інструкція для управління діючою армією Сполучених Штатів (Кодекс Лібера) від 24 квітня 1863 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_057#Text
- ²⁴ Зелинская Н.А., Дремина-Волок Н.В. Концепция преступлений по общему международному праву в контексте проблемы ретроактивного применения норм международного уголовного права. *Альманах международного права*. Вып. 2. С. 189–210. С. 190.
- ²⁵ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: Сб. материалов в семи томах. Т. 7. Москва, 1961. С. 363.
- ²⁶ Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма / Ин-т государства и права РАН и др. / под ред. И.А. Ледях, И.И. Лукашука. Москва, 1995. 264 с. С. 53.
- ²⁷ Цит. за: Ледях И.А. Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ. Москва, 1973. С. 13.
- ²⁸ Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма / Ин-т государства и права РАН и др. / под ред. И.А. Ледях, И.И. Лукашук. Москва, 1995. 264 с. С. 117, 258–259.
- ²⁹ Зелинская Н.А., Дремина-Волок Н.В. Концепция преступлений по общему международному праву в контексте проблемы ретроактивного применения норм международного уголовного права. *Альманах международного права*. Вып. 2. С. 189–210. С. 191–192.
- ³⁰ Антипенко В.Ф. Теория уголовной ответственности государства: монография. Одесса: Фенікс, 2016. 328 с. С. 209–210.
- ³¹ Броунли Я. Международное право: в 2 кн. / под ред. Г.И. Тункина. Кн. 2. Москва: Прогресс, 1977. 507 с. С. 255.
- ³² Резолюція 95 (I) Генеральної Асамблеї ООН «Ствердження принципів міжнародного права, що визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу» від 11 грудня 1946 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_910#Text
- ³³ Решетов Ю.А. Нюрнбергский процесс и международное уголовное право. *Нюрнбергский процесс и современность* / отв. ред. В.В. Пустогаров / АН СССР, Ин-т государства и права. Москва: ИГПАН, 1986. С. 150–162. С. 156.
- ³⁴ Лебедева Н.С. Подготовка Нюрнбергского процесса. Москва: Наука, 1975. С. 49.
- ³⁵ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: Сб. материалов в семи томах. Т. 7. Москва, 1961. С. 449.
- ³⁶ Борхерт К.-Г. Влияние принципов Нюрнберга на современное международное право. Осуждение военных преступников в ГДР. *Уроки Нюрнберга*. Материалы Международной конференции (г. Москва, 11–13 ноября 1986 г.). Выпуск III / отв. ред. П.И. Гришаев. Москва, 1988. С. 49.
- ³⁷ Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: сб. материалов в семи томах. Москва: Госюриздат, 1961. Т. 7. С. 363–366.
- ³⁸ Лукашук И.И. Международная противоправность и преступность агрессии / *Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма* / отв. ред. И.А. Ледях, И.И. Лукашук. Москва: Изд-во ИГиП РАН, 1995. С. 256.
- ³⁹ Цит. за: Цоллер Э., Решетов Ю.А. Международно-правовая уголовная ответственность физических лиц за международные преступления. *Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма* / отв. ред. И.А. Ледях, И.И. Лукашук. Москва: Изд-во ИГиП РАН, 1995. 264 с. С. 103–104.
- ⁴⁰ Brownllie I. International Law. Oxford: Oxford University Press, 2004. P. 489; Cassese A. International Law. 2nd ed. New York, U.S.A.: Oxford University Press Inc., 2005. P. 469.
- ⁴¹ Трайнин А.Н. Правовые проблемы Нюрнбергского процесса. *Советское государство и право*. 1947. № 3. С. 15–23; Полторак А.И. Нюрнбергский эпилог. Москва: Юридическая литература, 1983. 416 с.; Лебедева Н.С. Суд над фашизмом и агрессией (к 40-летию Нюрнбергского процесса). Москва: Знание, 1985. 64 с.
- ⁴² Зелинская Н.А. Международное преступление как основание международной уголовной ответственности индивидов. *Український часопис міжнародного права*. Спеціальний випуск: Міжнародний кримінальний суд. 2003, № 4. С. 93–99.

Резюме

Попко В.В. Нюрнберзька модифікація міжнародного злочину та кримінальна відповідальність індивідів.

У статті аналізується формування нюрнберзької моделі міжнародного злочину, його витоки та передумов, роль Версальського мирного договору 1919 р. та інших чинників. Розглянуто правові підстави Нюрнберзького процесу, основні проблемні питання дискусійного характеру, зокрема, визнання певних діянь злочинними, процесуальна забезпеченість обвинувачених,

узгодження процесуальних норм різних правових систем (континентальної, англо-американської, правової системи Радянського Союзу), питання імунітету посадових осіб, виявлено особливості та значення Нюрнберзького процесу для подальшого розвитку міжнародного кримінального права. Автор доводить, що індивідуальна міжнародна кримінальна відповідальність, яку слід вважати першою найбільш важливою особливістю міжнародного кримінального права, сформувалась під час Нюрнберзького процесу на підставі звичаєво-правових норм, загальних принципів права та нормативних джерел: Лондонської угоди 1945 р. «Про судове переслідування і покарання головних воєнних злочинців європейських країн осі» та Статуту Міжнародного Военного Трибуналу. Нюрнберзький процес 1945–1946 р. та Токійський процес 1946–1948 р. стали першими реально діючими міжнародними кримінальними судами, в яких обвинуваченими були фізичні особи, що мали повний обсяг процесуальних прав і виступали від власного імені. Прецедентні рішення цих трибуналів довели здатність криміналізації злочинних діянь у міжнародному праві, що не є злочином за національним правом, і слугують підставою розробки концепції міжнародного злочину в новому значенні, який тісно пов'язаний із міжнародною юстицією.

Ключові слова: міжнародний злочин, нюрнберзька модифікація, статут, трибунал, кримінальна відповідальність.

Резюме

Попко В.В. Нюрнберзька модифікація міжнародного преступлення и уголовная ответственность индивидов.

В статье анализируется формирование нюрнбергской модели международного преступления, его истоков та предпосылок, роль Версальского мирного договора 1919 г. и других факторов. Рассмотрены правовые основания Нюрнбергского процесса, основные проблемные вопросы дискуссионного характера, в частности, признание определенных деяний преступными, процессуальная обеспеченность обвиняемых, согласование процессуальных норм разных правовых систем (континентальной, англо-американской, правовой системы Советского Союза), вопросы иммунитета должностных лиц, выявлены особенности и значение Нюрнбергского процесса для дальнейшего развития международного уголовного права. Автор доказывает, что индивидуальная международная уголовная ответственность, которую следует считать первой наиболее важной особенностью международного уголовного права, сформировалась во время Нюрнбергского процесса на основании обычно-правовых норм, принципов права и нормативных источников: Лондонского соглашения 1945 г. «О судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран осей» и Устава Международного Военного Трибунала. Нюрнбергский процесс 1945–1946 г. и Токійський процес 1946–1948 г. стали первыми реально действующими международными уголовными судами, в которых обвиняемыми являлись физические лица, которые имели полный объем процессуальных прав и выступали от своего имени. Прецедентные решения этих трибуналов доказали способность криминализации преступных деяний в международном праве, что не являются преступлением по национальному праву, и служат основанием разработки концепции международного преступления в новом значении, который тесно связан с международной юстицией.

Ключевые слова: международное преступление, нюрнбергская модель, устав, трибунал, уголовная ответственность.

Summary

Vadym Popko. Nuremberg modification of international crime and criminal responsibility of individuals.

The article analyses the formation of the Nuremberg model of international crime, its origins and preconditions, the role of the Versailles Peace Treaty of 1919 and other factors. The author states that the inability to ignore the expansion of international crime makes criminal responsibility unavoidable, and thus the experience of the Nuremberg and Tokyo tribunals bear the fundamental meaning.

Examined are the legal bases of the Nuremberg trial, the main problematic issues of discussion, in particular, the recognition of certain acts as criminal, procedural security of the accused, harmonisation of procedural rules of different legal systems (continental, Anglo-American, Soviet legal system), immunity of officials and especially the importance of the Nuremberg Trials for the further development of international criminal law. The author argues that individual international criminal responsibility, which should be considered the first most important feature of international criminal law, was formed during the Nuremberg Trials on the basis of customary law, general principles of law and normative sources: the London Agreement of 1945 “On Prosecution and Punishment of the major war criminals of the European Axis countries” and the Statute of the International Military Tribunal. The Nuremberg Trials of 1945–1946 and the Tokyo Trials of 1946–1948 were the first effective international criminal tribunals in which individuals with full procedural rights and acting on their own behalf were indicted. The precedents of these tribunals have proven the ability to criminalise crimes under international law that are not crimes under national law and serve as a basis for developing a concept of international crime in a new sense that is closely linked to international justice.

The author also concludes by drawing the attention to the fact that due to internationalisation of crime, two different characteristics and dimensions have formed: criminal responsibility *stricto sensu*, and criminal responsibility within the frames of a newly formed autonomous subbranch of international criminal law – transnational criminal law.

Key words: international crime, Nuremberg modification, statute, tribunal, criminal liability.

Я.М. ЖУКОРСЬКА

*Ярина Михайлівна Жукорська, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Західноукраїнського національного університету**

ORCID: 0000-0002-7797-5207

ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ ТА СТАНОВЛЕННЯ МИРОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ООН

Постановка проблеми. У сучасному світі є багато загроз, з якими варто боротися не індивідуально, а колективно – спільними зусиллями. Особливо важливим є використання колективних зусиль задля підтримки миру та безпеки, адже далеко не кожна держава може впоратися з цим самотужки. Звідси – прагнення держав вступати у міжнародні безпекові організації. Однією з найвагоміших організацій, яка здійснює свою діяльність в сфері безпеки, є Організація Об'єднаних Націй (далі – ООН). Однією з основних цілей ООН згідно з п. 1 ст. 1 є «підтримання міжнародного миру і безпеки»¹. А одним із інструментів досягнення цієї цілі – миротворчі сили ООН.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Діяльність миротворчих сил ООН за всю їхню історію викликала як схвалення, так і заперечення, а також багато суперечок. Дослідженням питань діяльності миротворчих сил займалися такі вчені, як Р. Атто, П. Вільямс, Й. Купс, Н. Макквін, М. Нагді, М. Розес, А. Сміт, Т. Тарді, Ю. Запарій, О. Ковтун, О. Кресін, Я. Матсуда, О. Мережко, М. Неліп, Л. Ромадан, А. Рубцова, О. Стойко, Т. Финдлей та інші. В українській науці міжнародного права немає комплексного дослідження діяльності миротворчих місій ООН, хоча окремі питання аналізувалися достатньо глибоко. Серед останніх публікацій варто виділити наукову записку «Політико-правові засади миротворчої операції в Донбасі: світовий досвід для України» О. Кресіна, І. Проценко, К. Савчука та О. Стойко 2018 р., у якій проаналізовано міжнародно-правові аспекти миротворчості, правове регулювання миротворчої діяльності ООН, механізми її ініціювання, здійснення, фінансування, інституційні особливості ухвалення рішень ООН щодо проведення миротворчих операцій, визначено види миротворчих операцій, їх принципи, критерії, класифікацію, нормативно-правові засади співпраці ООН у цій сфері з регіональними та субрегіональними організаціями.

Формулювання мети статті. Мета статті – дослідити історію виникнення та становлення миротворчих місій ООН, а також їх ефективності протягом усього періоду існування.

Виклад основного матеріалу. Першими двома офіційними місіями ООН, які поклали початок миротворчій діяльності ООН, були Орган Організації Об'єднаних Націй зі спостереження за виконанням умов перемир'я між Ізраїлем та сусідніми арабськими державами (United Nations Truce Supervision Organization) і Група воєнних спостерігачів ООН в Індії та Пакистані (United Nations Military Observer Group in India and Pakistan).

Миротворча ж діяльність ООН у традиційному її розумінні з'явилася у той час, коли протистояння сторін у холодній війні паралізувало діяльність Ради Безпеки – у 1956 р. під час Суецької кризи.

Для того, щоб розуміти, як еволюціонувала миротворча діяльність від моменту появи і до сьогодення, а також, щоб мати змогу оцінити, як зростала її ефективність, історію миротворчих місій доречно поділити на такі періоди:

- 1948–1956 рр. – від створення першого контингенту воєнних спостерігачів на Близькому Сході до Суецької кризи;
- 1956–1988 рр. – від створення першої миротворчої місії ООН з розділення воюючих сторін, т.зв. Перших надзвичайних військових сил ООН, до кінця «холодної війни»;
- 1989–1999 рр. – від створення трьох нових місій у Анголі, Намібії та Центральній Америці до кризи в миротворчій діяльності після місії в Сомалі та Югославії;
- 1999–2020 рр. – від відновлення миротворчої діяльності після кризи, починаючи з місії у Косово, і до сьогодення.

Миротворча діяльність ООН починає свій відлік із 1948 р., коли Рада Безпеки ООН санкціонувала розгортання контингенту воєнних спостерігачів ООН на Близькому Сході. Було створено Орган Організації Об'єднаних Націй зі спостереження за виконанням умов перемир'я, який мав здійснювати контроль за виконанням Угоди про перемир'я між Ізраїлем та сусідніми арабськими державами^{2,3,4}.

Вона виявилася неефективною як миротворча місія, але успішною як спостережна. Спостерігачі, що входять до цієї місії, знаходяться на Близькому Сході і сьогодні з метою спостереження та нагляду за припиненням вогню, контролю за дотриманням умов перемир'я, попередження ескалації окремих інцидентів і

надання допомоги іншим операціям ООН з підтримки миру в даному регіоні у виконанні їх мандату. Крім того, персонал місії дає можливість в дуже короткі строки сформувати ядро інших операцій з підтримання миру в будь-якому куточку світу. Фактично, вони працюють як група швидкого реагування, що дає можливість забезпечити розгортання воєнних спостерігачів відразу після рішення РБ про надання повноважень новій місії, а час має вирішальний характер для успішного проведення таких операцій⁵.

У 1948 р. Рада Безпеки прийняла резолюцію 39, якою було започатковано Комісію РБ ООН по Індії та Пакистану (UNCIP), що стали гарячою точкою у 1947 р., відразу після здобуття незалежності. Мирний договір між цими двома державами, підписаний у 1949 р. в Карачі, передбачав направлення в регіон спостерігачів UNCIP. Перша група спостерігачів прибула 24 січня 1949 р. з метою спостереження за припиненням вогню між Індією та Пакистаном у штатах Кашмір та Джамму. Саме вони стали ядром Групи воєнних спостерігачів ООН в Індії та Пакистані. Після відновлення воєнних дій у 1971 р. вони залишилися в регіоні з метою спостереження за розвитком подій, пов'язаних з дотриманням договору про припинення вогню від 17 грудня 1971 р., та надання відповідних доповідей Генеральному секретарю⁶.

Санкціонована кількість цих двох спостережних місій не перевищувала кількості чоловік, до їх складу входили неозброєні військові спостерігачі та легко озброєні військовослужбовці, які виконували здебільшого функції спостереження, підготовки доповідей і здійснення заходів із зміцнення довіри.

Спостережна місія виявилася неефективною щодо попередження порушення умов перемир'я, особливо в умовах Суецької кризи 1956 р. Держави-члени Ради Безпеки також не змогли прийняти рішення щодо організації миротворчої місії для врегулювання цього конфлікту, адже участь у ньому брали Великобританія та Франція, які є постійними членами РБ ООН, і блокували рішення⁷.

У цих умовах вирішення конфлікту було можливим лише за межами РБ ООН, і Генеральний секретар Даг Хаммершельд за порадою міністра закордонних справ Канади Лестера Пірсона прийняв рішення створити міжнародні надзвичайні збройні сили, які будуть формуватися з військовослужбовців держав-тимчасових членів РБ, що давало змогу вирішити проблему з можливістю ветування рішення РБ її постійними державами-членами, які були сторонами конфлікту або заінтересованими сторонами. Миротворчість мала базуватися на трьох основних принципах – згода держави-члена ООН, яка є стороною конфлікту; неупередженість; незастосування сили, окрім випадку самооборони⁸. Дислокуватися такі збройні сили мали між сторонами противника, в даній ситуації між військами Єгипту та Ізраїлю⁹.

Рекомендації Д. Хамершельда лягли в основу Резолюції 1000 Генеральної Асамблеї ООН, згідно з якою було створено міжнародні миротворчі збройні сили під командування канадського генерал-майора Е. Бернса¹⁰. Це, фактично, була перша офіційна миротворча місія ООН, метою якої стало розділення воюючих сторін¹¹. Принципи діяльності місії розроблялися Д. Хамершельдом з нуля, адже при Лізі Націй схожих місій не було, а діяльність спостережних місій типу UNTSO ґрунтувалася зовсім на інших засадах¹². Тут варто звернути увагу, що саме Генеральні секретарі ООН з цього моменту і в майбутньому відігравали велику роль у здійсненні миротворчих місій ООН¹³.

Перша миротворча місія ООН, наділена повноваженнями з розділення воюючих сторін, тривала з 1956 р. до 1967 р. Мандат миротворчих сил передбачав згоду сторони на їх перебування. І 16 травня 1967 р. Єгипет звернувся з вимогою вивести зі своєї території миротворців ООН. 17 червня останній миротворець покинув Синайський півострів¹⁴.

У 1960 р. було розгорнуто першу великомасштабну місію – Операцію ООН в Конго, чисельність якої в піковий період становила до 20 тис. осіб. Досвід цієї операції показав небезпечність місій щодо стабілізації ситуації у регіоні охопленому війною – 250 миротворців загинули при виконанні повноважень, у тому числі і Генеральний секретар Даг Хаммаршельд.

У 1960-ті та 1970-ті рр. ООН започаткувала короткострокові місії в Домініканській республіці – Місія Представника Генерального секретаря в Домініканській Республіці, в західній частині Нової Гвінеї (Західний Іріан) – Сили безпеки ООН в Західній Новій Гвінеї, та Ємені – Місія ООН зі спостереження в Ємені, а також приступила до довгострокового розгортання на Кіпрі – Збройні сили ООН на Кіпрі, і на Близькому Сході – Другі надзвичайні збройні сили ООН, Сили ООН зі спостереження за роз'єднанням та тимчасові сили ООН в Лівані.

У 1988 р. миротворці були удостоєні Нобелівської премії миру за важливий вклад у реалізацію одного з основних принципів ООН^{15,16}.

У своїй промові на 43-й сесії Генеральної Асамблеї ООН 7 грудня 1988 р. Михайло Горбачов оголосив про скорочення чисельності радянських збройних сил і виведення низки військових підрозділів зі Східної Європи. Він також висловив бажання надати ООН важливішої ролі щодо міжнародного врегулювання збройних конфліктів. Саме ця промова ознаменувала кінець «холодної війни».

У 1989 р. створено три нові місії: Контрольна місія ООН у Анголі в січні, Група ООН щодо надання допомоги в перехідний період у Намібії (UNTAG) у квітні і Група воєнних спостерігачів ООН у Центральній Америці в листопаді. Операція в Намібії дала поштовх до створення нових багатофункціональних місій ООН, кількість яких з 1991 р. продовжувала зростати. Операція в Намібії дала поштовх до створення нових багатофункціональних місій ООН, кількість яких з 1991 р. продовжувала збільшуватися, і які перетворилися на операції з підтримання миру¹⁷.

Попри стабілізацію ситуації багатофункціональна місія виконує різноманітні й інші завдання, такі як репатріація біженців, організація виборів та спостереження за їх проведенням. Так роль ООН та її миротвор-

чої діяльності еволюціонувала від миротворчості та спостережних операцій з примирення до операцій із побудови миру. Уперше з часів операції в Конго ООН взяла на себе місію зі складним політичним мандатом і успішно її виконала. Більше того, місія у Намібії вважається однією із небагатьох успішних операцій ООН або, у крайньому разі, першою успішною її операцією.

Після закінчення «холодної війни» стратегічний контекст миротворчої діяльності ООН кардинально змінився – від «традиційних» операцій ООН перейшла до «багатофункціональних», завдання яких полягали передусім у тому, щоб забезпечити виконання мирних домовленостей і надати допомогу у формуванні основ для стійкого миру. Також змінився і характер самих конфліктів, якщо на початках миротворчі сили використовувалися для врегулювання міждержавних конфліктів, то поступово вони все більше почали залучатися до внутрішньодержавних конфліктів та громадянських воєн. Окрім того, змінився склад самих миротворчих місій, військовий персонал залишився, але значно збільшилася кількість різноманітних спеціалістів (адміністратори, спостерігачі на виборах, сапери і т.д.)¹⁸.

Також після «холодної війни» різко зросла кількість операцій з підтримання миру. У період з 1989 р. по 1994 р. Рада Безпеки санкціонувала 20 нових операцій, що сприяло збільшенню кількості миротворців з 11 тисяч до 75 тисяч.

Після успішного вручення сил міжнародної коаліції після окупації Кувейту Іраком у 1991 р. американський президент Джордж Буш-старший оголосив про створення нового світового порядку, який ґрунтувався на трьох основних принципах:

- відмова від застосування військової сили з метою агресії;
- сприяння колективній безпеці;
- співпраця провідних держав світу.

В основі цієї концепції лежала ООН, і 31 січня 1992 р. члени Ради Безпеки звернулися до Генерального секретаря Бутроса Бутроса Галі з проханням підготувати документ, який би дав можливість підсилити миротворчий потенціал ООН. «Повістку дня для миру», як його назвали, було опубліковано 17 червня 1992 р.

Концепція щодо забезпечення миру відрізнялася від «традиційної» миротворчості Дага Хаммершельда. Передусім це стосувалося згоди всіх заінтересованих сторін на розгортання миротворчої місії. «Підтримання миру – це забезпечення присутності ООН у конкретному районі, що до цього часу здійснювалося за згодою всіх заінтересованих осіб», зазначалося в «Повістці»¹⁹. Таким чином непрямо робилася вказівка, що місія може бути розгорнута без згоди держави, де відбувається конфлікт²⁰. А це фактично суперечило принципу суверенної рівності держав.

Наступні нововведення були у п. п. 43 і 44 «Повістки». У першому з них зазначалося, що застосування сили військами ООН має важливе значення для авторитету організації в тих випадках, коли мирні засоби не дали результату, що порушує ще один основоположний принцип міжнародного права – незастосування сили та погрози силою. А у п. 44 Бутрос Галі пропонував створити підрозділи для примусу до миру, які б стали інструментом, який змушував би виконувати рішення Ради Безпеки у тих випадках, коли це виходить за межі повноважень миротворчих місій щодо примусу до миру.

У середині 1990-х рр. місії було розгорнуто у Югославії (Сили ООН з охорони), Руанді (Місія ООН з надання допомоги Руанді) та Сомалі (Операція ООН в Сомалі). Ці місії жорстко розкритикували. Миротворці стикнулися з ситуацією, коли сторони не дотримувалися мирних угод чи коли миротворці не отримували належних ресурсів чи політичної підтримки. Кількість жертв серед мирного населення продовжувала зростати, не припинялися бойові дії. Напевно, тут чи не вперше постало питання про відповідальність місій.

У «Додатку до Повістки», прийнятому в січні 1995 р., тональність Генерального секретаря змінилася, і було акцентовано увагу на «внутрішніх конфліктах», дотриманні трьох основних принципів миротворчої діяльності, а також зазначено різницю між підтримкою миру і примусом до миру, фактично, було враховано досвід Руанди, Сомалі та Боснії.

Після невдач у квітні 1999 р. чисельність миротворців зменшилася з 69 тисяч до 12 тисяч²¹. Рада Безпеки обмежила розгортання нових місій, а 16 грудня 1999 р. Генеральний секретар Кофі Ананн доручив провести незалежне розслідування діяльності ООН в період геноциду в Руанді 1994 р.²² і на прохання Генеральної Асамблеї 15 листопада 1999 р. надав загальну оцінку подій 1993–1995 р. у Серебреніці в колишній Югославії²³.

Тим часом миротворці продовжували здійснювати операції на Близькому Сході, в Азії та на Кіпрі.

Призупинення здійснення миротворчих місій було короткостроковим і уже 10 червня 1999 р. Рада Безпеки доручила Генеральному секретарю забезпечити присутність міжнародного цивільного персоналу в Косово у вигляді Місії ООН у справах тимчасової адміністрації в Косово, 22 жовтня – створити Місію ООН в С'єрра-Леоне, 25 жовтня – розвернути тимчасову адміністрацію ООН у Східному Тиморі, а 30 листопада – створити Місію ООН у Демократичній Республіці Конго²⁴.

Відновлення місій ООН показало, що миротворчість стала постійним інститутом міжнародних відносин.

Враховуючи всі недоліки та проблеми, які виникали під час здійснення миротворчих місій протягом півстоліття, у 2000 р. ООН розпочала реформування миротворчого механізму, яке триває і досі²⁵.

З травня 2010 р. вперше від початку створення миротворчі сили зменшили, а не збільшили свій контингент.

Загалом ООН організувала 71 мирну місію з 1948 р., 14 з яких реалізуються сьогодні. Понад 98 тисяч осіб зі 122 країн світу брали участь у їх здійсненні станом на вересень 2019 р., а бюджет миротворчих операцій на період з 1 липня 2018 р. по 30 червня 2019 р. становив приблизно 6,69 млрд дол. За весь період

миротворчої діяльності загинуло майже 4 тисячі миротворців (Global peacekeeping data/ <https://peacekeeping.un.org/ru/data>).

У 1987 р. здійснювалося п'ять мирних операцій, а в 1993 р. їх кількість сягнула 19, у 1995 р. – 20²⁶. У 2019 р. здійснювалося 14 миротворчих місій²⁷. При цьому не всі миротворчі операції здійснюються лише ООН. У період 2004–2013 рр. до стабілізації конфлікту залучалися регіональні організації та ситуативні альянси (як у випадку місій у ЦАР, Чаді і Дарфурі)²⁸.

У вересні 2017 р. перед початком 72-ї сесії Генеральної Асамблеї ООН, РБ ООН прийняв резолюцію S/RES/2378 (2017), де наголошується на необхідності «підвищення рівня підзвітності, прозорості, ефективності та результативності операцій ООН з підтримання миру»²⁹. Виходячи з положень резолюції, можна зробити висновок, що підвищення ефективності миротворчої діяльності ООН планується досягнути за допомогою покращення планування місій, збільшення числа доступних ООН спеціальних сил і засобів, допоміжних, інженерно-технічних, медичних підрозділів і підрозділів швидкого розгортання, а також підвищення якості підготовки військовослужбовців. ООН визначає найбільш важливі умови успіху операцій з підтримки миру, які повинні гуртуватися на принципах злагоди, неупередженості та незастосування сили за винятком випадків самооборони і захисту мандата; являти собою легітимну і авторитетну структуру, зокрема в очах місцевого населення; сприяти активному залученню в мирний процес приймаючої країни на місцевому та національному рівнях.

Висновки. Миротворча діяльність ООН, яка починалася як тимчасові спостережні місії, виявилася грандіозним проєктом із підтримки миру та безпеки, який триває вже понад півстоліття. Були невдачі та перемоги, але миротворча діяльність довела необхідність свого існування. Вона стала унікальним прикладом глобальної співпраці як основних органів ООН, таких як Генеральна Асамблея, Рада Безпеки, Секретаріат; так і держав, як тих, що надають військові та поліцейські контингенти, так і тих, що приймають місії.

Із 1948 р. з перших спостережних місій і до багатосторонніх та багатофункціональних миротворчих місій з побудови миру миротворча діяльність ООН значно еволюціонувала і стала набагато ефективнішою, проте надалі існують проблеми щодо легітимності місій ООН, порушення прав людини та інші. Процес реформування миротворчої діяльності ООН триває.

¹ Устав Організації Об'єднаних Націй и Устав Международного Суда 1945 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#Text (дата звернення: 17.12.2020).

² S/RES/50 (1948). Calling for a cessation of hostilities in Palestine. URL: https://digitallibrary.un.org/search?ln=en&cc=Resolutions+and+Decisions&p=%22UN+Truce+Supervision+Organization+in+Palestine%22+OR+UNTSO&f=&rm=&ln=en&sf=year&so=d&rg=50&c=Resolutions+and+Decisions&c=&of=hb&fti=0&fct_3=1948&fti=0 (дата звернення: 17.12.2020).

³ История миротворческих операций. URL: <https://peacekeeping.un.org/ru/our-history/> (дата звернення: 17.12.2020).

⁴ Операции ООН по поддержанию мира: ОНВУП – фактологический бюллетень. Организация Объединенных Наций. URL: <https://peacekeeping.un.org/ru/mission/untso> (дата звернення: 17.12.2020).

⁵ Операции ООН по поддержанию мира: ОНВУП – фактологический бюллетень. Организация Объединенных Наций. URL: <https://peacekeeping.un.org/ru/mission/untso> (дата звернення: 17.12.2020).

⁶ ГВНООНИП – ФАКТОЛОГИЧЕСКИЙ БЮЛЛЕТЕНЬ. URL: <https://peacekeeping.un.org/ru/mission/unmogip> (дата звернення: 17.12.2020).

⁷ Diehl P. F. First United Nations Emergency Force (UNEF I). The Oxford Handbook of United Nations Peacekeeping Operations. Joachim A. Koops, Thierry Tardy, Norrie MacQueen, and Paul D. Williams (Eds.). Oxford, UK: Oxford University Press, 2015.

⁸ Атто Рональд. От миротворчества к миростроительству: эволюция роли Организации Объединенных Наций в операциях в пользу мира. Международный журнал Красного Креста. 2013. 95 (891/892). Избранные статьи из номера: «Multinational operations and the law». С. 11.

⁹ Hatto R. From peacekeeping to peacebuilding: the evolution of the role of the United Nations in peace operations. International Review of the Red Cross. 2013. Vol. 95. P. 501–505.

¹⁰ A/RES/1000. Resolution 1000 (ES-I). URL: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/4357C71ACD47F4AF852560DF006762D9> (дата звернення: 17.12.2020).

¹¹ Mays T. M. Historical Dictionary of Multinational Peacekeeping. 2nd Edition. The Scarecrow Press, 2004.

¹² Hatto R. From peacekeeping to peacebuilding: the evolution of the role of the United Nations in peace operations. International Review of the Red Cross. 2013. Vol. 95. P. 501–505.

¹³ Атто Рональд. От миротворчества к миростроительству: эволюция роли Организации Объединенных Наций в операциях в пользу мира. Международный журнал Красного Креста. 2013. 95 (891/892). Избранные статьи из номера: «Multinational operations and the law». С. 12.

¹⁴ Diehl P.F. First United Nations Emergency Force (UNEF I). The Oxford Handbook of United Nations Peacekeeping Operations. Joachim A. Koops, Thierry Tardy, Norrie MacQueen, and Paul D. Williams (Eds.). Oxford, UK: Oxford University Press, 2015.

¹⁵ История миротворческих операций. URL: <https://peacekeeping.un.org/ru/our-history/> (дата звернення: 17.12.2020).

¹⁶ Миротворческие силы ООН. URL: <https://www.un.org/ru/sections/nobel-peace-prize/united-nations-peacekeeping-forces/index.html> (дата звернення: 17.12.2020).

¹⁷ Атто Рональд. От миротворчества к миростроительству: эволюция роли Организации Объединенных Наций в операциях в пользу мира. Международный журнал Красного Креста. 2013. 95 (891/892). Избранные статьи из номера: «Multinational operations and the law». С. 16.

¹⁸ Лямзин А.В., Еланцева Н.С., Николаев Ю.В. Миротворческие операции ООН: основные направления эволюции. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/mirotvorcheskie-operatsii-oon-osnovnye-napravleniya-evolyutsii> (дата звернення: 17.12.2020).

¹⁹ Повестка дня для мира: превентивная дипломатия, миротворчество и поддержание мира (A/47/277-S/24111). URL: <https://www.un.org/peacebuilding/ru/policy-issues-and-partnerships/policy/sg-reports> (дата звернення: 17.12.2020).

²⁰ Атто Рональд. От миротворчества к миростроительству: эволюция роли Организации Объединенных Наций в операциях в пользу мира. *Международный журнал Красного Креста* (2013). 95 (891/892). Избранные статьи из номера: «Multinational operations and the law». С. 18.

²¹ Там само. С. 19.

²² S/1999/1297. URL: <https://undocs.org/gu/S/1999/1257> (дата звернення: 17.12.2020).

²³ Реформа миротворческой деятельности. URL: <https://undocs.org/gu/A/54/549> (дата звернення: 17.12.2020).

²⁴ Атто Рональд. От миротворчества к миростроительству: эволюция роли Организации Объединенных Наций в операциях в пользу мира. *Международный журнал Красного Креста* (2013). 95 (891/892). Избранные статьи из номера: «Multinational operations and the law». С. 20.

²⁵ Реформа миротворческой деятельности. URL: <https://undocs.org/gu/A/54/549> (дата звернення: 17.12.2020).

²⁶ Roser M., Nagdy M. Peacekeeping. URL: <https://ourworldindata.org/peacekeeping> (дата звернення: 17.12.2020).

²⁷ Global peacekeeping data. URL: <https://peacekeeping.un.org/gu/data> (дата звернення: 17.12.2020).

²⁸ Політико-правові засади миротворчої операції в Донбасі: світовий досвід для України. Наукова записка / Кресін О.В. (кер. авт. кол., наук. ред.), Проценко І.М., Савчук К.О., Стойко О.М. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2018. С. 66.

²⁹ S/RES/2378 (2017). URL: [https://undocs.org/S/RES/2378\(2017\)](https://undocs.org/S/RES/2378(2017)) (дата звернення: 17.12.2020).

Резюме

Жукорська Я.М. Історія виникнення та становлення миротворчої діяльності ООН.

Миротворча діяльність ООН у традиційному її розумінні з'явилася у той час, коли протистояння сторін у холодній війні паралізувало діяльність Ради Безпеки – у 1956 р. під час Суецької кризи.

Для того, щоб розуміти, як еволюціонувала миротворча діяльність від моменту появи і до сьогоднішнього дня, автор пропонує поділити її історію на періоди.

Миротворча діяльність стала унікальним прикладом глобальної співпраці як основних органів ООН, таких як Генеральна Асамблея, Рада Безпеки, Секретаріат; так і держав, як тих, що надають військові та поліцейські контингенти, так і тих, що приймають місії.

З 1948 р. миротворча діяльність ООН значно еволюціонувала і стала набагато ефективнішою, проте надалі існують проблеми щодо легітимності місій ООН, порушення прав людини та інші.

Ключові слова: миротворча діяльність, миротворча місія, конфлікт, підтримання миру і безпека, ООН, реформування.

Резюме

Жукорская Я.М. История возникновения и становления миротворческой деятельности ООН.

Миротворческая деятельность ООН в традиционном ее понимании появилась в то время, когда противостояние сторон в холодной войне парализовало деятельность Совета Безопасности – в 1956 г. во время Суэцкого кризиса.

Для того, чтобы понимать, как эволюционировала миротворческая деятельность с момента появления и до сегодняшнего дня, автор предлагает разделить ее историю на периоды.

Миротворческая деятельность стала уникальным примером глобального сотрудничества как основных органов ООН, таких как Генеральная Ассамблея, Совет Безопасности, Секретариат; так и государств, как предоставляющих военные и полицейские контингенты, так и принимающих миссии.

С 1948 г. миротворческая деятельность ООН значительно эволюционировала и стала намного эффективнее, однако в дальнейшем существуют проблемы легитимности миссий ООН, нарушения прав человека и другие.

Ключевые слова: миротворческая деятельность, миротворческая миссия, конфликт, поддержание мира и безопасности, ООН, реформирование.

Summary

Yaryna Zhukorska. The emergence and development of UN peacekeeping activities.

The first two official UN missions to launch UN peacekeeping operations were the United Nations Truce Supervision Organization (Israel) and the United Nations Military Observer Group in India and Pakistan.

The UN's peacekeeping activities, in its traditional sense, came at a time when confrontation between the parties to the Cold War paralyzed the Security Council in 1956 during the Suez Crisis.

In order to understand how peacekeeping has evolved from its inception to the present day, as well as to be able to assess how its effectiveness has grown, the author proposes to divide the history of peacekeeping missions into periods.

In 1987, 5 peacekeeping operations were carried out, and in 1993 their number reached 19, in 1995 – 20. In 2019 – 14 peacekeeping missions were carried out. However, not all peacekeeping operations are carried out only by the UN. Between 2004 and 2013, regional organizations and situational alliances were involved in stabilizing the conflict (as in the case of the CAR, Chad and Darfur missions).

Peacekeeping has become a unique example of global cooperation as a major UN body, such as the General Assembly, the Security Council, the Secretariat; and States, both those providing military and police contingents and those receiving missions.

Throughout its history, there have been setbacks and victories, but peacekeeping has proved the necessity of its existence. It has become a unique example of global cooperation as a major UN body, such as the General Assembly, the Security Council, the Secretariat; and States, both those providing military and police contingents and those receiving missions.

Given all the shortcomings and problems that have arisen during peacekeeping missions for half a century, in 2000 the UN began reforming the peacekeeping mechanism, which continues to this day.

Since 1948, UN peacekeeping has evolved significantly and become much more effective, but there are still problems with the legitimacy of UN missions, human rights violations and others.

Key words: peacekeeping, peacekeeping mission, conflict, peacekeeping and security, UN, reforming.

О.О. ЗАДОРЖНИЙ

*Олександр Олександрович Задорожній, аспірант
Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка**
ORCID: 0000-0002-9770-894X

ДЕМОНОПОЛІЗАЦІЯ КОСМІЧНОЇ ГАЛУЗІ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Поява необхідності демонополізації космічної діяльності в Україні свідчить про те, що космос незабаром може перетворитися з об'єкта виключно державних наукових досліджень на звичайну дестинацію. Тому ми звертаємося до аналізу українського законодавства в цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Історично в Україні космічна галузь знаходилась у монополії держави. Лише наукові космічні дослідження, розроблення, випробування і виробництво об'єктів космічної діяльності, які не є ракетноносіями, їхній ремонт та технічне обслуговування могли здійснюватися приватними підприємствами.

Основа для скасування монополії держави у цій галузі заклав Закон України «Про космічну діяльність», який визначив загальні правові засади здійснення космічної діяльності в Україні шляхом запровадження декларації про ведення космічної діяльності, яка за своєю суттю є повідомним механізмом, а також відміни реєстрації в Космічному агентстві укладених договорів між національними та іноземними приватними суб'єктами господарювання¹.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про космічну діяльність» одним із базисів космічної діяльності в Україні є державна підтримка розвитку та приватних відносин у сфері космічної діяльності та залучення інвестицій в космічну галузь України².

Разом з тим ст. 4 Закону України «Про підприємництво» встановлює обмеження у здійсненні комерційної діяльності. Зокрема, сказано, що діяльність, пов'язана з охороною окремих особливо важливих об'єктів державної власності, а також діяльність, пов'язана з випробуванням, виробництвом та експлуатацією ракетноносіїв, у тому числі з їх космічними запусками, може здійснюватися тільки суб'єктами державної форми власності³.

Сам Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо державного регулювання космічної діяльності» (далі – закон) було розроблено з метою скасування обмеження на ведення такої діяльності для приватних суб'єктів космічної діяльності, що, у свою чергу, має привести до розвитку космічної діяльності, залучення інвестицій в космічну галузь України, а також створити нові робочі місця в цій сфері. Даний закон спрямований на забезпечення розвитку, підвищення інвестиційної привабливості, а також створення конкурентного середовища для розвитку космічної галузі в Україні поряд як у державному, так і у приватному секторі⁴.

Закон вносить зміни до:

1) ст. 164 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – Кодекс) та передбачає адміністративну відповідальність суб'єктів господарювання за:

- провадження господарської діяльності без подання декларації про її провадження;
- надання недостовірної, не в повному обсязі інформації у декларації про провадження такої діяльності;
- порушення строку повідомлення про всі зміни даних, які були зазначені у декларації.

Крім того, закон закріплює зміни до ст. 255 Кодексу, згідно з якою посадовці Державного космічного агентства України мають право складати протокол про адміністративні правопорушення у разі порушення суб'єктами космічної діяльності вимог, передбачених ст. 164 Кодексу⁵;

2) ст. 4 Закону України «Про підприємництво» щодо виключення положень, якими встановлені обмеження для провадження господарської діяльності приватним суб'єктом космічної діяльності⁶;

3) Закону України «Про космічну діяльність», який:

– визначає, що суб'єктом космічної діяльності може бути підприємство, установа та організація будь-якої форми власності;

– виключає положення стосовно здійснення ліцензування космічної діяльності (на сьогоднішній день, положеннями Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» її ліцензування не передбачено);

– зазначає, що державну політику у сфері космічної діяльності здійснює Державне космічне агентство України (ДКАУ);

© О.О. Задорожній, 2020

* *Oleksandr Zadorozhnyi, Postgraduate student of the Institute of International Relations Taras Shevchenko National University of Kyiv*

– вводить положення щодо подання приватними суб'єктами космічної діяльності України, які мають намір здійснювати космічну діяльність до ДКАУ, декларації про провадження господарської діяльності в сфері космічної діяльності.

Декларація про провадження господарської діяльності у сфері космічної діяльності подається приватними суб'єктами космічної діяльності України (або уповноваженими ними особою) не менш як за п'ять робочих днів до початку здійснення космічної діяльності за вибором таких суб'єктів України, поштовим відправленням з описом вкладення або в електронному вигляді.

У декларації про провадження господарської діяльності у сфері космічної діяльності зазначається найменування суб'єкта господарювання, який має намір здійснювати космічну діяльність, його місцезнаходження та види космічної діяльності, що ним будуть здійснюватися.

ДКАУ веде облік декларацій про провадження господарської діяльності у сфері космічної діяльності та розміщує їх на власному офіційному сайті.

Порядок подання декларації про провадження господарської діяльності у сфері космічної діяльності встановлюється Кабінетом Міністрів України⁷.

Запропонована законом декларація є лише інструментом для входу суб'єктів космічної діяльності приватної форми власності на цей ринок. На сьогоднішній день, діяльність суб'єктів космічної діяльності достатньо врегульована іншими документами дозвільного характеру, в залежності від виду космічної діяльності⁸.

Приватний суб'єкт космічної діяльності подає декларацію про провадження господарської діяльності у сфері космічної діяльності, але тим самим лише інформує ДКАУ про намір здійснення ним відповідного виду космічної діяльності в Україні.

ДКАУ протягом п'яти робочих днів з дня надходження зазначеної декларації повинен її зареєструвати та розмістити на своєму офіційному сайті. Таким чином, інформація про приватних суб'єктів космічної діяльності, а також видів їх діяльності буде розміщена на сайті зазначеного державного органу у вільному доступі;

– виключає положення стосовно видачі державним органом дозволів суб'єктам космічної діяльності на проведення переговорів з іноземними комерційними суб'єктами з питань дослідження і використання космічного простору, виробництва та експлуатації космічної техніки, здійснення експорту, імпорту і реекспорту космічної техніки та космічних технологій, їх тимчасового вивезення за межі України або тимчасового ввезення на її територію, транзиту територією України.

Замість цього, передбачено реєстрацію повідомлень суб'єктів космічної діяльності на проведення вищезазначених операцій, яку буде здійснювати ДКАУ, у порядку, встановленому ст. 11 Закону України «Про космічну діяльність»;

– доповнює новими положеннями, якими передбачено, що об'єкти космічної діяльності, які виробляються в Україні і призначені для експлуатації на її території, підлягають обов'язковій сертифікації на відповідність вимогам експлуатаційної придатності, а вироблені в Україні за міжнародним замовленням об'єкти космічної діяльності, в тому числі їх агрегати та складові частини, підлягають сертифікації на відповідність вимогам експлуатаційної придатності за бажанням приватних суб'єктів космічної діяльності⁹;

4) частини першої ст. 7 Закону України «Про страхування», якими передбачається виключити деякі види обов'язкового страхування.

Обов'язковими видами страхування мають бути виключно ті види, які повною мірою здійснюють захист інтересів України. Вони залишаються у частині першій ст. 7 Закону України «Про страхування», а інші мають бути добровільними.

Крім того, на сьогоднішній день урядом не затверджено перелік об'єктів космічної діяльності, які підлягають обов'язковому страхуванню, відповідно до п. 22 частини першої ст. 7 цього Закону. Таким чином, законодавчий базис для реалізації такого виду обов'язкового страхування відсутній.

Разом з тим немає сенсу зобов'язувати власника майна здійснювати його страхування в обов'язковому порядку. Воно має бути виключно добровільним. Що стосується державних космічних об'єктів, то держава має у своєму постійному розпорядженні бюджетні кошти і може завдяки ним покривати свої ризики та боргові зобов'язання¹⁰;

5) Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» в частині:

– визначення терміна «декларація відповідності матеріально-технічної бази вимогам законодавства», що викладено у новій редакції;

– встановлення факту того, що суб'єкт господарювання повинен повідомляти дозвільний орган про зміну інформації, яка була вказана в поданій декларації, у порядку та за формою, встановленою Кабінетом Міністрів України, протягом семи робочих днів¹¹.

Проте варто зазначити, що даний закон не врегулював ще низку проблем, зокрема:

– питання розробки технічного регламенту, відповідно до якого має відбуватися обов'язкова сертифікація об'єктів космічної діяльності, з урахуванням міжнародних стандартів ISO та European Cooperation for Space Standardization;

– питання розділення космічної програми на цивільний, комерційний та оборонний сектори;

– розробку вимог щодо збереження державної таємниці, конфіденційної та обмеженої інформації, права інтелектуальної власності на технології та продукцію;

– розробку відповідних дозволів, які б безпосередньо стосувалися технічної та операційної безпеки космічного польоту, оскільки дозвіл на використання повітряного простору від Державної авіаційної служби стосується насамперед державної та цивільної авіації¹².

Перевагами цього закону залишається те, що скасування державної монополії створить передумови для:

- самоокупності космічної галузі. Загалом, відновленням галузі для космічних інституцій України буде участь в міжнародних космічних програмах;
- підготовки українських космонавтів, удосконалення програми підготовки, а також їх запуску на орбіту Землі. Наразі Україна не може собі дозволити відправку в космос астронавтів, оскільки вартість цієї послуги близько 150 млн доларів;
- створення великої кількості робочих місць, що запобігатиме від'їзду фахівців за межі України;
- налагодження міжнародних зв'язків з іноземними приватними космічними компаніями на паритетних засадах задля реалізації спільних проєктів, а також залучення іноземних інвесторів до реалізації українських проєктів.

Проте вдосконалення і лібералізація національного законодавства мають відбуватися з урахуванням вимог міжнародного космічного права, і особливо в контексті гармонізації законодавства України з *acquis communautaire* Європейського Союзу¹³. Не варто забувати, що необхідно також сформулювати доступні правила внутрішнього ринку космічних послуг для провідних комерційних підприємств, корпорацій та особливо для молодих стартапів, які мають стати фундаментом новітньої космічної сфери нашої держави.

Висновок. Прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо державного регулювання космічної діяльності» повинно забезпечити створення конкурентного середовища для розвитку космічної галузі в Україні поряд із державним сектором підприємств приватної власності, а також приведе до залучення інвестицій у космічну галузь України.

¹ Про космічну діяльність: Закон України від 15.11.1996 р. № 502/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/502/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 26.12.2020).

² Кірпачова М. Демонізація космічної галузі – Піррова перемога? VOXUKRAINE. URL: <https://voxukraine.org/uk/demonopolizatsiya-kosmichnoyi-galuzi-pirova-peremoga/> (дата звернення: 26.12.2020).

³ Про підприємництво: Закон України від 7.02.1991 р. № 698-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/698-12#Text> (дата звернення: 06.01.2021).

⁴ Пояснювальна записка до проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо державного регулювання космічної діяльності». URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66298 (дата звернення: 06.01.2021).

⁵ Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7.12.1984 р. № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення: 06.01.2021).

⁶ Про підприємництво: Закон України від 07.02.1991 № 698-XII. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/698-12#Text> (дата звернення: 06.01.2021).

⁷ Про внесення змін до деяких законів України щодо державного регулювання космічної діяльності: Закон України від 2.10.2019 р. № 143-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/143-20#Text> (дата звернення: 06.01.2021).

⁸ Кірпачова М. Демонізація космічної галузі – Піррова перемога? VOXUKRAINE. URL: <https://voxukraine.org/uk/demonopolizatsiya-kosmichnoyi-galuzi-pirova-peremoga/> (дата звернення: 26.12.2020).

⁹ Про внесення змін до деяких законів України щодо державного регулювання космічної діяльності: Закон України від 2.10.2019 р. № 143-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/143-20#Text> (дата звернення: 06.01.2021).

¹⁰ Про страхування: Закон України від 7.03.1996 р. № 85/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 06.01.2021).

¹¹ Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності: Закон України від 6.09.2005 р. № 2806-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2806-15#Text> (дата звернення: 06.01.2021).

¹² Форманюк В. Щодо відповідності законодавства України про космічну діяльність міжнародно-правовим актам. Українське право. URL: <https://ukrainepravo.com/scientific-thought/naukova-dumka/shchodo-vidpovidnosti-zakonodavstva-ukrayiny-pro-kosmichnu-diyalnist-mizhnarodno-pravovym-aktam/> (дата звернення: 06.01.2021).

¹³ Видюк А. Бізнес Ілона Маска по-українськи або як розпочати бізнес у сфері космічної діяльності в Україні. Jurimex. URL: <https://jurimex.ua/ua/publication/biznes-ilona-mask-poukrainski-abo-yak-rozpochati-biznes-u-sferi-kosmichnoi-diyalnosti-v-uk> (дата звернення: 06.01.2021).

Резюме

Задорожній О.О. Демонізація космічної галузі в Україні.

Поява необхідності демонізації космічної діяльності в Україні свідчить про те, що космос незабаром може перетворитися з об'єкта виключно державних наукових досліджень на звичайну дестинацію. Тому ми звертаємося до аналізу українського законодавства в цій сфері.

У статті проаналізовано положення Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо державного регулювання космічної діяльності» та наведено аргументи на користь демонізації космічної діяльності в Україні, що в свою чергу має сприяти розвитку космічної діяльності та залученню інвестицій в космічну галузь України.

Ключові слова: правове регулювання, космічна діяльність в Україні, демонізація державного регулювання космічної діяльності.

Резюме

Задорожний А.А. Демонополізація космічної отрасли в Україні.

В связи с появлением необходимости демонополізації космічної діяльності в Україні космос може превратиться из объекта исключительно государственных научных исследований в обычную дестинацію. Поэтому автор обращается к анализу украинского законодательства в этой сфере.

В статье проанализированы положения Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно государственного регулирования космічної діяльності» и приведен ряд аргументов в пользу демонополізації космічної діяльності в Україні, что, в свою очередь, должно способствовать развитию космічної діяльності и привлечению инвестиций в косміческую отрасль Украины.

Ключевые слова: правовое регулирование, косміческая діяльність в Україні, демонополізація государственного регулирования косміческой діяльності.

Summary

Oleksandr Zadorozhnyi. Demonopolization of the space industry in Ukraine.

The emergence of the need to demonopolize space activities in Ukraine indicates that space may soon turn from an object of exclusively state research into a regular destination. Therefore, we turn to the analysis of Ukrainian legislation in this area.

The article analyzes the provisions of the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on State Regulation of Space Activities” and presents arguments in favor of demonopolization of space activities in Ukraine, which in turn should promote space activities and attract investment in Ukraine.

Historically, in Ukraine, the space industry was a state monopoly. Only scientific space research, development, testing and production of non-rocket space objects, their repair and maintenance could be carried out by private enterprises.

The basis for the abolition of the state monopoly in this area was presented by the Law of Ukraine “On Space Activities”, which defined the general legal basis for space activities in Ukraine, by introducing a declaration on space activities, which is essentially a notification mechanism, and abolishing registration in Space agency of concluded agreements between national and foreign private business entities.

The Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning State Regulation of Space Activities” was developed to remove restrictions on such activities for private space entities, which in turn should lead to the development of space activities, attracting investment in space activities. industry of Ukraine, as well as create new jobs in this area. This law is aimed at ensuring development, increasing investment attractiveness, as well as creating a competitive environment for the development of the space industry in Ukraine, both in the public and private sectors.

In addition, to date, the Government has not approved a list of space activities that are subject to compulsory insurance. Thus, there is no legal basis for the implementation of this type of compulsory insurance. What leaves us an open field for discussion.

Key words: legal regulation, space activity in Ukraine, demonopolization of state regulation of space activity.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.78

UDC 349.6

R. ROMÁN

*Róbert Román, Ph.D. in Law, Associate professor of the Institute of Economic Science Eszterházy Károly University of Hungary**

ORCID: 0000-0002-4257-1464

ENVIRONMENTAL PROTECTION PRINCIPLES
UNDER HUNGARIAN LEGISLATION

Problems to solve. The COVID-19 epidemic also raises the question of how effective environmental regulations are in the European Union, including Hungary. The crux of the problem is whether the individual provisions of principle are effective; moreover, whether they actually cover all the elements and are explained in sufficient depth, so that the current regulation seems sufficient for future generations

Analysis and Literature review. Regarding the literature, I reviewed the basic works of environmental law using the literature in Hungarian, English and German. The latest Hungarian journal articles, such as Olajos (2016) Szilágyi (2019) and Jakab-Mélypataki (2019), examine the areas of the latest environmental challenges. The international literature, such as Kiss – Shelton (2007), Bugge – Voigt (2008), Kraemer (2003) Petersen (2001) and Bowman – Bolyle (2002), deal with fundamental issues of environmental law, in particular the management of the protection of natural resources.

Aims of the article. The aim of the article is to present the basic principles of the Hungarian environmental law system, covering the general objectives of the law. The aim of the article is also to describe the role of

© Róbert Román, 2020

* *Роберт Роман, доктор права, доцент Інституту економіки Університету Естетазі Каролі*

providence, prevention and restoration with regard to the Hungarian provisions of principle; moreover, the role of information and publicity besides the rules of cooperation. The aim of the article is to point out the environmental elements and the factors endangering the environmental elements.

Content of the article.

Preamble of the Hungarian Act as natural heritage and environmental values are national assets, their preservation, conservation and improvement are fundamental aspects of the biosphere and the health and quality of life of humans and, furthermore, as there can be no harmony between the activities of man and nature without these, neglecting them would endanger the health of present generations, the existence of future generations and the survival of a number of species; Parliament, in accord with the provisions of the Fundamental Law does hereby enact the following law: Act LIII of 1995 on the General Rules of Environmental Protection.

The objective of this Act is to create a harmonious relationship between man and the environment, to facilitate the coordinated protection of the environment, its components and processes and to provide for the conditions of sustainable development.

In accordance with the principles of foresight and equitable bearing of burdens, this Act creates an adequate framework for the assertion of constitutional rights for a healthy environment and promotes

- a) the reduction of the use, loading and pollution of the environment, the prevention of its impairment, and the repair and restoration of the damaged environment;
- b) the protection of human health and the improvement of the environmental conditions of the quality of life;
- c) the preservation and conservation of natural resources, and rational and efficient management that ensures the renewal of resources;
- d) the harmony of the other objectives of the state with the environmental protection requirements;
- e) international cooperation in environmental protection;
- f) initiatives taken by the public and public participation in activities aimed at protecting the environment, such as exploring and learning about the state of the environment and carrying out the tasks of government agencies and local governments related to the protection of the environment;
- g) the coordination of the functioning of the economy and social and economic development with environmental requirements;
- h) the establishment and development of institutions whose purpose is to protect the environment;
- i) the establishment and development of a public administration that serves to conserve and protect the environment.

The use of the environment shall be organized and performed in such a manner that it results in the smallest degree of environmental loading and utilization; it prevents environmental pollution; it precludes damage to the environment.

The environment shall be used by observing the principle of precaution, by respecting and efficiently using environmental components, by reducing the generation of wastes and by making every effort to recycle and re-use natural and manufactured materials. For the purpose of prevention, the most efficient response and the best available techniques in respect of activities defined in specific other legislation shall be applied in the course of using the environment.

Users of the environment who are endangering or damaging the environment shall stop the hazardous or damaging activity immediately. Users of the environment shall provide for the elimination of the environmental damage caused by their activities and the restoration of the damaged environment. State agencies, local governments, natural persons and their organizations, business organizations and the organizations that safeguard the interests of all of the above as well as other institutions shall cooperate in protecting the environment. The right and responsibility to cooperate shall extend to all phases of achieving the environmental objectives. The rights and responsibilities arising from cooperation shall be established by the Act or local government bylaw. The enforcement of environmental interests shall also be encouraged by Hungary through bilateral or multilateral international agreements on environmental protection and other agreements on cooperation and on the provision of information and assistance in connection with environmental protection, particularly in its relations with neighboring countries. Even in the absence of international agreements, consideration shall be given to the environmental interests of other countries, the reduction of the cross-border loading of the environment and endangering the environment as well as the prevention of environmental pollution and damage to the environment. With a view to the exercise of civil rights and responsibilities, the bodies vested with public duties shall facilitate everyone in becoming knowledgeable and enlightened regarding the essential connections between the environment and health, activities that damage the environment and the importance thereof. Everyone has the right to have access to environmental information considered data of public interest in accordance with specific other legislation. State agencies and local governments – with the exception of the courts and legislative bodies in that capacity – bodies discharging certain environment-related obligations or providing public services, and bodies and persons vested with public duties (hereinafter referred to as “public authorities holding environmental information”) shall, within the realm of their responsibilities, monitor the status of the environment and its impact on human health, provide access to and make available the environmental information that is available, and shall publish – by way of electronic means or otherwise – the environmental information to the extent governed in specific other legislation, as well as the list of information they control or that is stored on their behalf. The public authorities holding environmental information shall enlighten the general public and those seeking environmental information of their entitlement to have access to environmental information, and shall facilitate the obtaining of access to environmental information. To this end, the public authorities holding environmental

information may appoint an information officer. Access to information on emissions into the environment may not be refused on the grounds that it is personal data, business secret, tax secret, or that it pertains to natural habitat of wild fauna and flora under special protection, the location of depleted natural resources, or to the location of geological conservation of nature preservation areas. Where a public authority does not have the environmental information requested, it shall forward the application to the public authority holding the environmental information in question, and shall notify the applicant accordingly, or shall inform the applicant concerning the public authorities where the environmental information requested is available. If a request is formulated in too general a manner or the desired environmental information cannot be identified from the request, the public authority holding environmental information shall ask the applicant to specify the request within 5 days following receipt of it. Any final resolution, or any resolution declared enforceable irrespective of any appeal, falling within the scope of the Act on the General Rules of Administrative Proceedings, as well as any environmental administrative agreement, the implementation of which are likely to have significant environmental effects, shall be published. Users of the environment shall be obliged to provide information regarding any environmental impairment and environmental hazards and endangerment for which they are responsible. In the event of non-compliance an action may be initiated at the body exercising legal oversight over the user of the environment. Every environmental component shall be protected per se and in unity with the other environmental components and by taking their interrelationships into consideration. The utilization and loading of environmental components shall be regulated accordingly. The protection of environmental components means both the protection of the quality, quantity and stocks thereof as well as the protection of the proportions and processes within the components. The prevention, reduction or termination of the use or loading of any environmental component may not be accomplished by damaging or polluting another environmental component. Land conservation shall cover the surface and subsurface strata of land, the soil, the rock formations and minerals as well as the natural and transitional forms and processes thereof. Land conservation shall include conservation of the productivity, structure, water and air balance, and biota of the soil. Such activities may be pursued on or beneath the land surface, and such materials may be deposited there that do not pollute or damage the quantity, quality and processes of the land and the environmental components.

In the course of and prior to the implementation of projects (construction, mining), the topsoil shall, in accordance with the provisions of specific other legislation, be adequately removed for use as agricultural soil. Utilization standards shall be defined for the mining and exploitation of rock formations and minerals, if so provided by statute. The extent of exploitation as well as the extent of the impact on the environment arising when the tailings produced in connection with mining and the dressing and processing of mining products are disposed of as well as the impact that arises as a result of other activities linked to mining activities may not exceed the standards established in a legal regulation or an official decision made in accordance with the provisions of a legal regulation. The user of an area shall provide for the scheduled restoration or development of the area or for the conditions for recycling the area once the activities involving the utilization of land have been completed – and even while the environment is being utilized if so stipulated by legal regulation or official decision. Water conservation shall cover surface and subsurface waters, the reserves, the bed and banks or shores of surface waters, water-bearing formations and their superstratum, and to areas designated for protection (reserves) by legal regulation or statutory provision as relating to water. The natural discharge, flow pattern, flow conditions, beds and banks or shores of waters may be altered only by preserving the appropriate proportions of waterside habitats and species and ensuring their ability to function, and without impeding long-term environmental objectives. Any activities that involve the environment must be organized and carried out so as to ensure that the environmental objectives relating to the good status of bodies or waters are achieved, such as: to prevent the deterioration of surface waters and groundwaters, to achieve the good status of surface waters and groundwaters through the fulfillment of environmental requirements set out in specific other legislation. Where more than one similar environmental objective relates to a given body of water, the most stringent ones shall apply. The measures necessary to improve the good status of waters shall be laid down in an integrated program for water management published by the Government by way of individual public resolution.

The conditions of the extraction and use of water – as a vital element and a limited resource – shall be established for each type of water supply in accordance with the local conditions and by taking into consideration the utilization standard.

In the matter of utilizing the environment, particularly interventions into water conditions, the following shall be provided for:

- a) water shall remain as one of the constituent factors of the landscape;
- b) the conditions necessary for the survival of aquatic and riparian habitats and species as well as habitats and species directly depending on surface water and groundwater, and
- c) the quantitative and qualitative conditions ensuring the potential use of water shall not deteriorate.

Increased protection must be given to water sources that provide for the drinking-water supply, provide mineral and medicinal waters, are significant in terms of nature conservation, and are designated for recreational, sports and therapeutic uses. Waters may be utilized and loaded, and used water and sewage may – following appropriate treatment – be discharged into waters in a manner that does not endanger the natural processes or the quantitative and qualitative restoration of waters. The use of extracted water shall be provided for. Used water must be extracted and returned to water sources and water must be transferred in such a manner that the reserves, quality and biota of the supplying and recipient waters are not unfavorably altered and the self-purification of the waters is not endangered. The protection of the air shall cover the entire atmosphere, its processes and composition and the climate. The air

shall be protected from all of the artificial impacts that endanger it or, through it, other environmental components or load it or, through it, other environmental components with radiating, liquid, gaseous or solid substances. When planning, implementing or pursuing activities and facilities and when manufacturing and using products, every effort shall be made to keep the emission level of air pollutants as low as possible. The conservation of the biosphere shall cover all living organisms and their communities and habitats and shall do so by observing the natural processes and the proportions of the ecosystem and by ensuring the ecosystem's ability to function. The biosphere may only be utilized in a manner that does not damage the natural processes and conditions of communities, injure biodiversity or endanger their functions. A legal regulation or an official decision may establish utilization standards for regulating the extent and location of the utilization of the biosphere. The conservation of the built environment shall cover communities, individual structures and technical facilities. Zones shall be determined within the area of communities on the basis of the loadability of the environment and the zoning ordinance for the various parts of the communities. The activities that may be pursued in individual zones may be authorized in specific other legislation where a protective distance or area has been specified on the basis on the nature of the environmental loading and where protective regulations are observed. In the area or within the distance designated, no activity that is incompatible with the zoning ordinance for the given zone may be pursued without special measures taken for conservation. Protection against the adverse impact of hazardous substances shall cover all of the natural and artificial substances that are used, produced or distributed by users of the environment in the course of their activities as well as the quality and quantity of such substances that are explosive, inflammable, radioactive, toxic, highly corrosive, infectious, ecotoxic, mutagenic, carcinogenic or irritating or that may bring about such impact by interacting with other substances. Protective and safety measures that reduce, to a level specified in legal regulation, or eliminate the risk of endangering the environment shall be taken when hazardous substances are handled or used (including the exploitation or extraction, storage, transport, production or manufacture and application thereof) and when hazardous technologies are applied. Protection against the impacts of wastes on the environment shall cover all of the substances and products (including the packaging and wrapping materials thereof) that their owners cannot or do not wish to use in accordance with their original designated purpose or that are generated during the use thereof. The user of the environment shall provide for the treatment (disposal, utilization) of wastes. The rules on the treatment (disposal, utilization) of wastes shall also be applied in regard to substances separated during various cleaning or demolition operations, polluted soil that has become waste and products that have been disassembled or are to be disassembled. The protection against noise and vibration in the environment shall cover all artificially generated energy emissions that cause unpleasant, disturbing, hazardous or impairing noise or vibration load. Within the framework of protection against noise and vibration, the following shall be resolved using technical and organizational methods: the reduction of the degree to which sources of noise and vibration emit noise and generate vibrations; the reduction or prevention of an increase in the noise or vibration load; the subsequent protection of environments that are permanently loaded above standard levels. The reduction of environmental noise in highly exposed areas and the preservation of quiet areas from noise damage shall be implemented by way of an action plan built on strategic noise mapping pursuant to specific other legislation.

Conclusions:

After reviewing and detailing the topic, it can be stated that the Hungarian environmental protection regulations fully comply with the environmental protection provisions of the European Union in principle. The goals are clearly composed when it is about the reduction of the use, loading and pollution of the environment, the prevention of its impairment, and the repair and restoration of the damaged environment; the protection of human health and the improvement of the environmental conditions of the quality of life; the preservation and conservation of natural resources, and rational and efficient management that ensures the renewal of resources; the harmony of the other objectives of the state with the environmental protection requirements; international cooperation in environmental protection;

initiatives taken by the public and public participation in activities aimed at protecting the environment, such as exploring and learning about the state of the environment and carrying out the tasks of government agencies and local governments related to the protection of the environment; the coordination of the functioning of the economy and social and economic development with environmental requirements; the establishment and development of institutions whose purpose is to protect the environment; the establishment and development of a public administration that serves to conserve and protect the environment. The question now is whether the protection of human health should be better elaborated/draw up by the legislator in the basic regulation.

Bibliography:

- Article 6 of Act LIII of 1995 on the General Rules of Environmental Protection
- Article 9 of Act LIII of 1995 on the General Rules of Environmental Protection
- Article 12 of Act LIII of 1995 on the General Rules of Environmental Protection
- Article of Act LIII of 1995 on the General Rules of Environmental Protection
- The argument of Act LIII of 1995 on the General Rules of Environmental Protection
- Directive 2007/2/EC of the European Parliament and of the Council of 14 March 2007 on establishing an Infrastructure for Spatial Information in the European Community (INSPIRE)
- Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 – amended by Council Directive 97/11/EC and Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council – on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment [in

conjunction with the government decree adopted for the implementation of this Act by authorization conferred under Paragraphs c) and r) of Subsection (7) of Section 110];

Council Directive 91/271/EEC of 21 May 1991 concerning urban waste water treatment;c) Article 6 (3) of Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora;

Council Directive 98/83/EC of 3 November 1998 on the quality of water intended for human consumption;

Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy;

Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programs on the environment;

Directive 2002/49/EC of the European Parliament and of the Council of 25 June 2002 relating to the assessment and management of environmental noise;

Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC.

Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage.

Bowman, Michael – Boyle, Alan (eds.): Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation. Oxford University Press, Oxford, 2002.

Bugge, Hans Christian – Voigt, Christina: Sustainable Development in International and National Law, Europa Law Publishing, Groningen, 2008.

Jakab, Nóra, Mélypataki, Gábor : The right to water as a social fundamental right Journal of Agricultural and Environmental Law 26. 2019. 7–63.pp.

Kiss, Alexandre – Shelton, Dinah: Guide to International Environmental Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

Kraemer, Ludwig, EC Environmental Law, London: Sweet & Maxwell, 2003.

Petersen, Volkert, Staatsziel Umweltschutz – Chance oder Leerformel? In: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrecht 2001, (eds.) Hendler, Reinhard, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2001.

Olajos, István: The legal problems related to re-use of metallic wastes Journal of Agricultural and Environmental Law 20. 2016. 91–102 pp.

Szilágyi, János Ede: Water and Law – a summary of the results of a natural resource law research Journal of Agricultural and Environmental Law 27. 2019. 182–214 pp.

Table of Cases:

BH.2020.92. Court Decisions (Curia of Hungary)

BH.2011.38. Court Decisions (Curia of Hungary)

BH2012.12. Court Decisions (Curia of Hungary)

Резюме

Роман Р. Принципи охорони навколишнього середовища відповідно до законодавства Угорщини.

За результатами аналізу нормативних документів, можна констатувати що угорські норми охорони навколишнього природного середовища повністю відповідають основним положенням Європейського Союзу щодо екологічної політики. Цілі є чітко сформульованими, і вони передбачають як зниження інтенсивності використання, навантаження та забруднення навколишнього середовища, так і запобігання нанесенню шкоди, відновлення трансформованого довкілля, а також захист здоров'я людини, поліпшення якості життя тощо. Основні положення, спрямовані на захист базових та найважливіших елементів довкілля (земля, вода, повітря, дика природа, навколишнє середовище), розглядаються цілісно. Положення щодо поводження з небезпечними речовинами й технологіями, шумом, вібраціями та випромінюванням, а також з відходами є узгодженими. Угорські нормативні акти надають великого значення дотриманню принципу застереження, а також, у разі виникнення загрози навколишнього середовища, ролі громадськості. Проте, на нашу думку, захист здоров'я людини на рівні основних законодавчих актів вимагає більшої уваги, оскільки людина є також частиною навколишнього середовища, і тому в цьому відношенні виключно регламентів законодавства щодо охорони здоров'я вже недостатньо.

Ключові слова: охорона навколишнього середовища, охорона здоров'я, екологічні цілі, елементи охорони навколишнього середовища, ефективність.

Резюме

Роман Р. Принципы охраны окружающей среды в соответствии с законодательством Венгрии.

По результатам анализа нормативных документов можно констатировать, что венгерские нормы охраны окружающей среды полностью соответствуют основным положениям Европейского Союза в экологической политике. Цели четко сформулированы, и они предусматривают как снижение интенсивности использования, нагрузки и загрязнения окружающей среды, так и предотвращение нанесения ущерба, восстановление трансформированной окружающей среды, а также защиту здоровья человека, улучшения качества жизни и т.д. Основные положения, направленные на защиту базовых и важнейших элементов окружающей среды (земля, вода, воздух, дикая природа, окружающая среда), рассматриваются целостно. Положения по обращению с опасными веществами и технологиями, шумом, вибрациями и излучением, а также с отходами являются согласованными. Венгерские нормативные акты придают большое значение соблюдению принципа предостережения, а также, в случае возникновения угроз окружающей среды, роли общественности. Однако, по нашему мнению, защита здоровья человека на уровне основных законодательных актов требует большего внимания, поскольку человек является также частью окружающей среды, и поэтому в этом отношении исключительно регламентов законодательства по охране здоровья уже недостаточно.

Ключевые слова: защита окружающей среды, защита здоровья, экологические цели, элементы защиты окружающей среды, эффективность.

Summary

Róbert Román. Environmental protection principles under Hungarian legislation.

After reviewing and detailing the topic, it can be stated that the Hungarian environmental protection regulations fully comply with the environmental protection provisions of the European Union in principle. The goals are clearly composed when marks the reduction of the use, loading and pollution of the environment, the prevention of its impairment, and the repair and restoration of the damaged environment; the protection of human health and the improvement of the environmental conditions of the quality of life; and other main objectives. The basic provisions cover the protection of the main and most basic environmental components (land, water, air, biosphere, built environment) and handle them as a unit. In the field of hazardous substances and technologies, noise, vibrations and radiation, as well as waste, the provisions in principle are uniform and show internal coherence. According to the Hungarian regulations the observance of the precautionary principle has a great importance, as well as the role of the public in case of environmental damage. In my view, the protection of human health would also require more detailed regulation in principle, as humans are part of the environment, so in this regard, health statutory provisions alone are no longer sufficient.

Key words: environmental protection, protection of health, environmental protection goals, environmental components, efficiency.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.79

GYÖRGY CSÉCSY

*György Csécsy, Dr. hab. in Law, Professor, Professor
of University of Debrecen*

KNOW-HOW AGREEMENTS IN HUNGARIAN LAW

1. The protection of know-how is most effectively ensured today by the agreement concluded between the transferor and the recipient of the know-how. The parties settle and regulate the rights and obligations related to the transfer of know-how in the agreement, thus enabling the confidentiality of the know-how to be preserved.

However, the know-how agreement is not governed by the law of any country on its own. Although previously Hungary was the only one that provided legal protection of know-how in a specific form within the Civil Code, yet the elaboration, legal qualification and regulation of the know-how agreement is still a task to be solved. The need for a legal settlement of contractual relations as soon as possible can hardly be disputed, as this would provide a solution to many of the problems that currently exist in practice. This would be particularly important in the field of international turnover of know-how, as the international protection of know-how is also unsettled, so legal protection can be provided primarily on the basis of an agreement.

The essence of a know-how agreement must be seen in the fact that the holder of the know-how makes his contractual partner part of his knowledge, that is the transferor of the know-how makes certain knowledge available to the recipient of the know-how and in return the recipient pays a specified consideration.

The creator of the know-how has the general right to utilize and authorize all uses of the know-how.

A common feature of an agreement for the transfer or utilization of know-how is the entitlement on the part of the acquirer or utiliser.¹

The legal classification of the legal relations and agreements established in this way is a much-debated issue in both domestic and foreign literature and theory. Before going into this in detail, it is important to note that problems with the classification of the agreement can only be examined within the legal system of a given country, as the law applicable to matters not covered by the agreement means different in a given legal system.

Therefore, when we examine the legal classification of a know-how agreement, it is done on the basis of Hungarian law.

2. Given that a know-how agreement is not a named agreement, it must be decided which of the traditional named agreement types can best be classified as a know-how agreement, or whether there is a named agreement at all which, in its entirety, would be capable of making its provisions fully applicable to know-how agreements.²

We come across a wide variety of views in this area.

a. Some want to apply the rules of sales and purchase to know-how agreement.

Sales and purchase agreements are agreements for the supply of a matter. In order for know-how as an intellectual creation to be classified as a matter and thus to be the subject of an agreement, it must manifest itself in some form (technical documentation, training, etc.).

The know-how service may be a one-off transfer of some documentation, but it is not at all typical, in most cases the provision of experience happens over a longer period of time, and may even stipulate the achievement of a specific technical and economic result in the agreement.

On the other hand, in addition to the rules of sales and purchase, there are so many special issues in the case of a know-how agreement that outgrow the framework of a traditional sales and purchase agreement and at the same time exclude its sole applicability.

In the case of sales and purchase, the buyer acquires property, which he is then free to dispose of.³

On the other hand, when transferring know-how, provisions should be made for the manner and extent of confidentiality, the legal consequences applicable in the event of a breach thereof, whether the recipient acquires an exclusive right to use it or not, how the issue of further development of the transferred knowledge develops, etc.

It follows that, in the context of a sales and purchase agreement, a know-how agreement is inconceivable and cannot in itself be applied to legal relationships arising from the provision of know-how.

b. Other views suggest that know-how agreements should be subject to contracting agreements.

In Hungarian law, a contracting agreement is an obligation to achieve a certain result. The contractor undertakes to create a result that can be achieved with an activity for a fee.⁴ This is closer to a know-how agreement in that it presupposes a longer-term legal relationship in which the activity is carried out. However, the transfer of know-how is most often not aimed at creating results, or at least not solely on the basis of know-how, but together with the use of additional knowledge and experience.

There may also be a problem with the application of detailed arrangements. It is difficult to reconcile with the nature of the know-how, for example, the unrestricted procedural rights of the customer, the use of subcontractors, the application of the rules of impossibility, etc.

Thus, the exclusive application of the rules of a contracting agreement to know-how agreements is also unfounded.

c. Other views try to determine the similarity of a know-how agreement to a sales and purchase or contracting as whether the know-how service is *dare* or *facere*. In comparison, in the case of a *dare*-type service, the rules of sales and purchase and, in the case of a *facere*-type service, the rules of contracting are considered applicable.

In that regard, it must be stated that, in the case of know-how, it is very difficult to distinguish in which category the service falls in that sense, since, in general, it is both a *dare* and a *facere* service at the same time.

In most cases, an agreement contains a whole complex of services. These include those that they make their mark on the whole agreement, in which the purpose of the agreement is actually fulfilled (main services) and some that are inherent in their reinforcement (ancillary services).

It may still be possible to determine whether the main service is of a *dare* or *facere* nature, but on this basis the classification into agreement types cannot be decided. Several types of *dare* services are known: they can be permanent (agreements for the transfer of ownership) or temporary (obligations to use) and the transfer of the right is also included in this category.

The *facere* service can also consist of creating a result (e.g. a business), but it can also be a duty of care (e.g. an order).

The distinction between *dare* and *facere* services has only a dogmatic significance (these concepts are not included in the Civil Code) and, as we have seen, it is not possible to decide on this basis which agreement type the know-how agreement could be classified according to the nature of the service.

(At most, it may be capable of distinguishing between know-how and engineering services, provided that engineering services are purely *facere* and the know-how services are considered to be mixed *dare* and *facere* services.)

d. It should be noted that there are also views in the literature which, given that the transfer of know-how is mostly in the context of a lasting legal relationship, consider the provisions of the lease or the sub-lease to be applicable.

Lease and sub-lease are related institutions, some legal systems do not even differentiate between them, while in other cases (e.g. Civil Code) these are regulated within the framework of the chapter on leasing by special leasing provisions.

The Hungarian Civil Code regulates the sub-lease in a separate chapter, but it stipulates that the rules of the lease must be properly applied in non-regulated matters.

What is certain is that the sub-lease – as well as the transfer of know-how – is realized in a permanent legal relationship, however, taking into account the Hungarian regulations, we do not consider it appropriate to apply the rules of sub-lease in the case of know-how agreements at all.

The starting point should be that the concept of sub-lease refers primarily to agricultural land as the subject-matter of the agreement and it mentions only after this that it may also be a matter of other benefits, and consequently know-how.⁵

But it is clear from the whole regulation that the provisions on the sub-lease of agricultural properties in the Civil Code are primary, so this is the basis of the regulation. The know-how in this case should therefore be treated as a matter, although we have already mentioned in terms of sales and purchase that the transfer of know-how often involves the performance of an activity.

And if we go back to the rules of lease agreement, the problem is that the detailed arrangements are contrary to the nature of the know-how (e.g. the method of payment of the consideration, the lessor's liability, the rules for the termination of the lease agreement, etc.)

e. Finally, we should mention the views that identify a know-how agreement with an industrial property license agreement.

Undoubtedly, of the types of agreements mentioned so far, the license agreement is most closely related to the know-how agreement. Also, in everyday usage, the transfer of technical know-how for use is called a license.

Endre Lontai – whose name is linked to comprehensive legal elaboration and analysis of license agreements – starting from the economic-legal function of license agreements, considers it a common and decisive criterion in the two agreements that both of them transmit certain valuable technical information. A secondary role is played by the legal methods and institutions that ensure the possibility of transfer, the right of disposal in the position of the transferor. These secondary elements may at most be varied, may justify the formulation of agreement subtypes, but shall not affect the priority of the common uniform elements.⁶

In our view, that reasoning cannot be accepted. The essence of a license agreement is precisely that the licensor transfers all or a limited number of his exclusive rights under the patent. In the case of a know-how agreement, it is not a transfer of rights, but transfer of technical, economic organizational, etc. knowledge not protected by protection rights. It is from this fundamental difference that further peculiarities and differences arise.

Overlaps can, of course, occur, and it has even become common practice to require the patentee to behave in a positive way in addition to the transfer of rights. In this case, it is a mixed agreement. However, this does not preclude us from talking about a separate know-how agreement in cases where the transfer of knowledge and experience that is not protected by protection rights takes place separately from the license agreement.

In our view, in the absence of absolute protection, the rules on patent license agreement do not apply to know-how agreements.

3. In the course of the analysis and legal qualification of know-how agreements, it is necessary to start primarily from the economic and social reality, on the basis of which the transfer and use of technical and economic knowledge, experience and information takes place.

The aim of the know-how agreements is therefore to ensure the transfer of the mentioned knowledge and experience within a regulated framework and to ensure their use.

In the course of this activity, a specific legal relationship develops between the parties, which may involve long-term cooperation, and which requires the transferor and transferee of the know-how to provide reciprocal, complex services.

At the current level of scientific and technical development, it is no longer conceivable that the acquired knowledge and experience should be transferred exclusively within the framework of traditional forms of protection, but beyond them it should be possible to transfer knowledge and experience more widely.

Thus, the emergence of know-how as a new institution gave rise to a different legal relationship, different from the traditional one, created during its transfer and use. As we have seen, the problems of these legal relationships cannot be solved by applying traditional legal categories.

None of the types of agreements described can be applied in full to know-how agreements, and the general rules of the Civil Code on agreements are not, or not always, sufficient to provide an appropriate legal solution for know-how legal relationships with a number of special features, in certain matters not covered by the agreement.

It follows that a know-how agreement should be considered as a separate *sui generis* agreement and that a set of rules for this type of agreement should be developed.⁷

The growing turnover of know-how in economic life, that is the needs of practice, inevitably necessitate the development of a new type of agreement, instead of the use of background law material based on analogous provisions of other agreements and the general rules of agreements.

In the following, we will try to briefly summarize the specific features that characterize know-how agreements.

(Of course, this will only be about the so-called “clean” know-how agreement, including a legal relationship in which the transfer of know-how is the main subject of the agreement.)

a. Above all, the agreement must specify the subject of the agreement, which is what kind of knowledge and experience will be transferred. This can be the handing over of a technical documentation, training, assistance in commissioning, etc. If the knowledge transferred, or part of it, is protected by a traditional industrial property right, this must be indicated.

b. The obligations of the transferor of know-how must be set out in detail.

In particular, provisions should be made for:

- the schedule for the transfer of knowledge and experience,
- to what extent it authorizes the transferee of the know-how to use it,
- to which areas the restriction of the usage permission applies,
- how the transferor’s warranty develops for the usability of the transferred material on the one hand and against any third-party rights on the other hand,
- whether and to what extent the transferor may be bound by obligation of confidentiality.

c. Obligations of the transferee of the know-how:

– payment of the consideration for the knowledge transferred. The method of payment must also be recorded, because many variations are conceivable (lump sum payment, payment in instalments, payment as a percentage of the amount received for the product produced, etc.)

– must keep the knowledge acquired secret. It must be determined to which part of the know-how the confidentiality applies,

– must undertake to treat the information received as confidential and to use it only for the purposes specified in the agreement,

– is obliged to utilize the acquired know-how to an appropriate extent and to a high standard,

– may not grant a right of use (license) without the consent of the transferor.

d. The transferee of the know-how is entitled to further develop the acquired knowledge but is obliged to inform the transferor thereof. The transferee is obliged to transfer his own development results to the transferor of know-how for a certain fee.

e. Performance is contractual if the transferor of know-how provides all the documentation and knowledge necessary which are necessary for the performance of the subject of the agreement.

f. During the performance of the agreement, the parties have an increased obligation to cooperate.⁸

g. Both contracting parties shall take special care to ensure that the transferred know-how is not made available to third parties.

h. Disclosure of the transferred know-how may lead to the termination of the transferee’s obligation to pay fees.

i. The duration of the agreement should be specified, and the issues of termination should be regulated accordingly.

j. In the event of termination of the agreement, it may be regulated that certain clauses (e.g. confidentiality obligation) remain in force after the termination of the agreement, or that the transferee continues to use the knowledge obtained for the purpose stipulated in the agreement.

By listing the dispositive rules described here, which are by no means exhaustive, we only wanted to show what (possibly how) it is appropriate to regulate in know-how agreements. The development of a complete set of rules for this type of agreement will, of course, require further in-depth, thorough legal analysis, taking into account the results of practice as well.

Only then can we take a position on how to incorporate an independent, named know-how agreement into our agreement system.

During the codification, the published concept and regulatory topics of the new Civil Code support the proposal according to which a named type of agreement formed from the generalizable rules of license agreements contained in separate laws must be included in the new Civil Code as a license agreement. In the end, this proposal was not included in the new Civil Code.

Recognition of know-how agreements as a separate type of agreement is therefore not yet on the agenda for codification work.

However, the needs of EU regulation, as well as practice, point in the direction that this important issue will be raised again in the future and the debate on the regulation of know-how agreements may come to the centre of attention.

¹ Görög Márta: A know-how jogi védelmének alapvető kérdései HVG ORAC, Bp., 2012. 126. p.

² Megjegyezzük, hogy az Iparjogvédelem területén felhasználható szerződésfajták néhány sajátos vonást mutatnak. Ilyen pl: a szerződések tárgyának immateriális jellege, a magas fokú kockázat, valamint a szerződések bizalmi jellege.

³ Lásd 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről 6. 215. §.-át

⁴ 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről 6. 238. §

⁵ 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről 6. 349. §.

⁶ Lontai Endre: A szellemi alkotások joga Tankönyv Kiadó, Budapest 1987. 213. p.

⁷ Csécsy György: A szellemi alkotások joga Novotni Kiadó Miskolc, 2007. 253. p.

⁸ Ennek fontosságát külön is kiemeli Tattay Levente könyvében. Tattay Levente –Pintz György-Pogácsás Anett: Szellemi alkotások joga, Szent István társulat Budapest 2011. 369. p.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.80

УДК 321; 342.5

В.Ф. СИРЕНКО

*Василий Федорович Сиренко, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент НАН Украины, академик НАПрН Украины, заслуженный деятель науки и техники**

КОМУ ВЫГОДНА КОРРУПЦИЯ В СУДАХ?

Общеизвестно, что коррупция исторически возникла с самого зарождения государства и его органов в любой стране мира. И борьба с коррупцией так же имеет тысячелетнюю историю. Однако наиболее тяжелые последствия от коррупции мы имеем именно в судебной системе, поскольку от ее функционирования зависят правопорядок и законность в государстве и обществе. Без справедливого и объективного суда невозможно существование демократического, правового и социального государства.

При этом под коррупцией мы понимаем прежде всего подкуп. Для наиболее полного представления, что такое коррупция, необходимо обратить внимание на три аспекта. Во-первых, коррупция в переводе с латинского «*corruption*» – подкуп. Именно подкуп – сущностная основа данного явления. Во-вторых, коррупция – это преступная деятельность в сфере политики или государственного управления, заключающаяся в использовании должностными лицами доверенных им прав и властных возможностей для личного обогащения. В третьих, коррупция – это попытка получения прямо или через посредников правительственным чиновником или лицом, исполняющим публичные функции, любых предметов денежной стоимости, а также другой выгоды – подарки, услуги, обещания, преимущества для себя, других лиц или организаций, обмен на

© В.Ф. Сиренко, 2020

* *Vitaliy Sirenko, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NAS of Ukraine, Academician of the NALS of Ukraine, Merited Figure of Science and Technology of Ukraine*

любое действие или бездействие во время исполнения публичных функций; это предложение или предоставление прямо или через посредников такой выгоды; это любая деятельность или бездеятельность во время исполнения своих обязанностей правительственным чиновником или лицом, исполняющим публичные функции, с целью незаконного получения прибыли для себя или третьей стороны. Третий вариант – это подробное описание определения коррупции, данное Организацией американских государств в Межамериканской конвенции 29 марта 1996 г.

Как видим, любое определение коррупции, абстрактно обобщенное или с подробным описанием форм и методов проявления, сводится к подкупу государственных чиновников, формированию и реализации корыстных интересов конкретных лиц. С юридической точки зрения, как противоправное явление, коррупция проявляет себя в форме взятки, злоупотреблении властью или должностным положением, превышении власти или должностных полномочий, разворовывании государственного или коллективного имущества, нецелевого использования бюджетных средств.

Коррупция по своей общественной природе является биолого-социальным явлением.

Как биосоциальному существу человеку присущи такие качества, как жадность, зависть, скупость, накопительство, утверждение превосходства, гордыня и другие социально вредные качества. Они-то и составляют глубинные основы коррупции. Поэтому крупными зарплатами судей откупиться от коррупции не удастся. А предполагаемый контроль за доходами и расходами судей через систему декларирования – это очень малоэффективная мера, рассчитанная на простаков, каковыми судьи, как знатоки законодательства, не являются.

Упор реформаторов на повышение требований к личности судьи через отбор судей, возможно, повысит уровень профессиональной грамотности судей, но вряд ли даст существенно положительный результат в плане их социально полезного антикоррупционного поведения. Судья системно должен быть поставлен в такие условия, при которых он не сможет принимать неправосудные коррупционные решения. А если он их принимает в силу своего субъективного произвола, то система должна оперативно обнаруживать такие решения, а судья – неотвратимо привлекаться к ответственности.

Следует также подчеркнуть, что коррупция, как явление, неизбежно связана с процессом формирования и реализации интересов участников общественных отношений. Любое коррупционное действие является проявлением корыстного личного индивидуального или коллективно организованного интереса. Здесь механизм коррупционных действий и механизм формирования и реализации коррупционного преступного интереса как бы совпадают по своим внешним «технологическим» формам. Начало формирования интересов – появление нужды, желания, увлечения, то есть необходимости удовлетворения потребностей. Начало коррупционных действий закладывается с возникновением проблемы удовлетворения потребности. Дальше интерес формируется как поиск возможностей удовлетворения возникшей потребности. Коррупционные действия так же развиваются дальше как процесс поиска возможностей удовлетворения возникшей потребности.

Следовательно, и коррупция, и интерес «работают» в своем формировании и реализации, используя один и тот же механизм. Это обстоятельство очень существенно для поиска методов и средств борьбы с коррупцией.

Исходя из изложенного, нетрудно определить, кому выгодна коррупция в судах. Она выгодна тем, кому наиболее легко и доступно удовлетворить свои потребности и интересы через коррупционные действия судей и государственных чиновников, принимающих необходимое решение. Если владелец крупного капитала имеет возможность получить судебное решение, выгодное ему через коррупционное действие, то он будет всемерно способствовать существованию коррупционной системы в судах. То же самое мы можем сказать о крупных и имеющих большие возможности влияния на суды, государственных чиновников.

Нет сомнения, что и сами судьи при любых размерах зарплат заинтересованы в получении дополнительных выгод от существования коррупции в судах. Известно, что наиболее радикальными мерами противодействия коррупции в судах являются два очевидных фактора. Во-первых, неизбежное выявление коррупционного судебного решения через систему контроля и самого функционирования судебной системы. И, во-вторых, неотвратимость наказания за коррупционные действия судей.

Сегодня нет человека, имевшего дело с судебной властью Украины, который бы не возмущался порядками в наших судах и необъяснимой логикой правосудия, когда явное законное осуждается, а незаконное оправдывается.

Коррупционированность судов Украины признают все: политологи, СМИ, депутаты, чиновники госаппарата, рядовые граждане, а вот реальных мер по пресечению коррупции в судах упорно не принимают, потому что властные чиновники сами «кормятся» от коррупционированных судов и судей.

Возмущение людей против порядка организации и деятельности суда и судей доведено до крайнего предела, что безальтернативно указывает на необходимость коренного реформирования судебной власти Украины.

Сила судебной власти – в уважении людей к праву и к суду как профессиональному толкователю закона и справедливому правоприменителю. Именно это требование: суд – профессиональный толкователь закона и справедливый объективный правоприменитель – есть главнейший критерий организации и деятельности суда. В этом критерии заложена квинтэссенция, ядро, смысл и предназначение судебной власти. Судья является носителем судебной власти от самых низовых до верховных судебных органов, потому что каждый

из судей, независимо от своего места в системе, разрешает конкретные дела самостоятельно, руководствуясь законом и правосознанием. И в этом положении заложена одна из причин, почему прямое администрирование внутри судебной системы недопустимо, поскольку противоречит природе и назначению суда.

Социальная роль судебной власти в демократическом обществе состоит в том, чтобы в разного рода юридических конфликтах обеспечивать господство права, выраженного прежде всего в Конституции и других законах, международных договорах и в приравненных к закону подзаконных актах.

На суды не может быть возложена задача защищать определенный экономический, социальный и политический строй, ибо это превращает суды в органы открытого политического репрессивного действия. И если президент, премьер или любой высокопоставленный чиновник или политический деятель требуют от судов принимать решения в пользу государственных интересов или в интересах реформ, или в интересах конкретных организаций, то они не только нарушают Конституцию Украины, но и проявляют полное невежество и цинизм в отношении природы и назначения судебной власти и института прав человека и гражданина. Суд – это последний бастион, последний рубеж демократии. Дальше начинаются самосуд, анархия, хаос, расстройство всех жизнеобеспечивающих систем общества.

Последняя реформа судебной системы с попыткой достижения антикоррупционных целей, как известно, началась в 2016 г. С 30 сентября вступили в силу изменения в Конституцию в части правосудия и новая редакция закона «О судоустройстве и статусе судей».

По существу реформа суда свелась к люстрации судей, отбору их на конкурсной основе по критериям верности существующему политическому режиму. Нет сомнения, что в системе конкурсов, тестов, экзаменов будут отобраны и профессионально подготовлены судьи в смысле знаний материального и процессуального права. Но к искоренению коррупции в судах это имеет очень косвенное отношение.

Не спасает дело и многократное увеличение заработной платы судей и контроль за их доходами и расходами, а также их семей и их ближайших родственников. Эти меры не выдерживают даже поверхностной критики. Свои доходы и расходы судьи могут скрывать через третьих подставных лиц, и никакой контроль это не установит.

А что касается очень крупных зарплат для судей, то это похоже скорее на попытку государства выдавать судьям ежемесячную взятку в виде крупной зарплаты, умоляя их не совершать мздоимство во время правосудия. Такой подход от коррупции в судах не спасет.

Реформаторы должны были уяснить себе всю глубину и мудрость тех высказываний, которые отмечены в мировой литературе. Вот некоторые из них: «Не бойся закона – бойся судьи» (русское изречение); «Судьи, купившие судебные места, будут, в свою очередь продавать правосудие (Франсуа Фелелон); «Фемида действительно слепа, раз не видит, какие у нее слуги» (Ежи Лец); «Встречаются приговоры более преступные, чем само преступление» (Мишель де Монтень); «В судный день первыми перед судом предстанут судьи» (Аркадий Давыдович).

Эти высказывания по поводу правосудия специально привожу из разных стран, чтобы показать, что проблемы судебной власти есть везде, но их решение в каждой стране требует особого подхода с учетом национальной культуры, традиций, характера народа. Обустройство судебной системы страны нельзя списывать с других стран. Заимствовать отдельные элементы можно, а списывать системно – пустые хлопоты, потому что пересаженные в условия другой национальной культуры механизмы судебной системы не работают или работают с грубыми извращениями. К сожалению, списыванием законов с аналогов других стран очень грешит наш реформаторский парламент, совершенно не вникая в то, что многие законодательные концепции исторической Украины работали не хуже, а лучше западных.

Наши реформаторы с максимальным упорством разрушают все советское, во всех отраслях жизни, при полной неспособности сделать лучше и качественнее. Приходится списывать. А ведь списывают только отстающие, только посредственности. Вот и попытки обустроить судебную власть Украины по рецептам Запада только разрушили доступную и понятную гражданам советскую систему судоустройства, не создав взамен ничего толкового и оправданного с точки зрения интересов и потребностей граждан Украины. Никуда не исчезли «телефонное право», подкуп судей, влияние руководителей судов на судей, влияние исполнительной власти и т.д. Поэтому необходимо креативно искать новые концепции исключения коррупции в судах.

Одним из таких способов искоренения коррупции в судах является принятие прецедентных решений Верховным Судом Украины. Мало превратить Верховный Суд в кассационную инстанцию. Это не гарантирует и не устраняет воспроизводство возможностей коррупции в судах. Только связав судей прецедентными решениями Верховного Суда Украины по всем отраслям материального и процессуального права, мы можем добиться максимального искоренения уровня коррупции в судах.

Надо принять во внимание, что в некоторых странах наряду с основными формами обжалования судебных решений (апелляционной и кассационной) существует и смешанная форма обжалования – ревизия, сочетающая в себе и апелляции, и кассации. При ревизионной форме обжалования Верховный Суд не связан рамками жалобы и может проверять не только законность, но и обоснованность решений нижестоящих судов и вынести свое, как и при апелляции, но может и вернуть дело на новое рассмотрение в нижестоящий суд, как при кассации, и может откорректировать решение нижестоящего суда без его отмены. Именно ревизией судебных решений нижестоящих судов и должен заниматься Верховный Суд Украины. А чтобы решения Верховного Суда не превратились в произвол, необходимо связать, ограничить возможности Верховного

Суда его же собственными решениями. Это значит, что решения Верховного Суда должны иметь прецедентный характер. Его решения по типичным категориям дел являются обязательными и учитываются как юридическая позиция в решениях нижестоящих судов, так и самого Верховного Суда. Верховный Суд должен быть связан своими же собственными решениями.

Подобная практика деятельности Верховного Суда имеется и за рубежом. Следует согласиться с тем положением, что в судебной системе необходим орган, обеспечивающий единство понимания и толкования законодательства, оценки фактических обстоятельств дела. И таким органом может быть только Верховный Суд Украины, осуществляющий судебный надзор и контроль за решениями нижестоящих судов, а по существу – ревизию судебных решений. Без ревизии наша судебная система превратится в замкнутую непробиваемую коррупционную корпорацию, творящую произвол и беззаконие. Уже сегодня формула суда «решение окончательное и обжалованию не подлежит» привела к тому, что сам суд, сами судьи не могут исправить принятые ими явно ошибочные судебные решения. И когда судебные ошибки вскрываются прессой или прокурорами, то форма «обжалованию не подлежит» становится юридическим тупиком, который в силу закона нельзя преодолеть.

В этом плане представляется ошибочным окончательное решение апелляционных судов по отдельным категориям дел. Например, по применению закона об ограничении права выезда должников за пределы Украины и других категорий дел. По всем категориям дел сторона процесса должна иметь право как на апелляцию, так и на кассацию. Это положение также является средством борьбы с коррупцией в судах.

Главная идея борьбы с коррупцией в судах состоит в наработке Верховным Судом прецедентных решений по всем категориям дел действующих отраслей права.

Судья, руководствуясь прецедентным решением, не сможет узаконить в своем судебном решении произвол. Система прецедентных решений немедленно и неотвратно обнаруживает судебную ошибку и устраняет ее правосудными средствами. Следовательно, имея такой критерий, как прецедент, нет смысла давать взятку в судах, звонить по телефону, влиять на судью. Ведь решение, не отвечающее прецеденту, все равно будет отменено.

Возникает вопрос. Кто будет набирать прецедентные решения в Верховном Суде Украины? Думаю, что здесь необходимо создание особых структур, наделенных правами Пленума Верховного Суда для выработки прецедентных решений по отдельным категориям дел различных отраслей права.

Именно прецедент должен стать главным инструментом, средством борьбы с коррупцией в судах Украины.

Кстати, в настоящее время активно обсуждается необходимость практического формирования антикоррупционных судов в Украине. Формально этот суд будет обычным специализированным судом, замкнуто корпоративным, процессуально не отличающимся от других судов Украины (патентных, военных).

Это говорит о том, что и коррупция в антикоррупционных судах может стать тривиальным обычным явлением. И спасение от нее только в системном, формально логичном методе борьбы с коррупцией. Инструментом этой борьбы, еще раз подчеркнем, должен стать практически проверенный в зарубежных системах метод реализации прецедентных решений Верховного Суда страны.

Однако обратим внимание на то, что последняя реформа не уделяет должного внимания неотвратимости наказания судей за незаконные судебные решения. Таким образом, независимость судей с принципа необходимости превращается в практику произвола судей при принятии судебных решений.

К сожалению, в нашем законодательстве, включая Конституцию, принципы юридической ответственности судей очень слабо и невразумительно разработаны. Формально продекларировано об ответственности судей, но это скорее относится к бытовому поведению судей, чем к неправосудным решениям судьи. Известно, что самым действенным принципом юридической ответственности является принцип неотвратимости наказания за правонарушение. Этот принцип предполагает:

- 1) ни одно правонарушение не должно остаться незамеченным для государства;
- 2) быстрое и оперативное применение мер ответственности за совершение правонарушения;
- 3) эффективность применяемых мер по отношению к правонарушениям.

Это общие составляющие принципа неотвратимости наказания за правонарушения, но они должны быть распространены в полной мере и на судей.

В концепции действующего законодательства конкретный механизм неотвратимости наказания судей за неправосудные и незаконные судебные решения совершенно не разработан. Прежде всего, государство не располагает конкретным механизмом выявления незаконно принятых решений конкретными судьями, их четкой регистрацией. Нет и юридического механизма быстрого и оперативного реагирования на совершенные правонарушения со стороны судей. А при таких предпосылках и на эффективность применяемых мер к нерадивым судьям говорить не приходится. Вот и чувствуют судьи себя вольготно, даже в условиях, когда множество граждан Украины подают иски против Украины в Европейский Суд по правам человека. Украинских судей это абсолютно не волнует, потому что за их судебный произвол их не привлекают к ответственности. Вот яркий пример, получивший в прессе резонансное освещение.

В судебном иске «Агрокомплекс» против Украины Европейский Суд по правам человека признал, что Украина нанесла убытки «Агрокомплексу» в сумме 179 млн евро. В конечном итоге Европейский Суд определил, что государство Украина должно выплатить «Агрокомплексу» 27 млн евро. Точка поставлена. Государство Украина обязано выплатить. Но точка не поставлена в анализе этого решения и роли украинских

судов и судей, доведших своими незаконными решениями граждан Украины до Европейского Суда. Логично, чтобы после решения Европейского Суда, где Украину обязывают компенсировать гражданам Украины причиненный ущерб, в дело вступал юридический механизм возмещения причиненного ущерба в порядке регресса со стороны судей, принявших по этому делу незаконные решения. Такой подход очень отрезвил бы судей и стал бы эффективным средством в борьбе с коррупцией в судах. Кстати, здесь удобно (в силу конкретности) и применять принцип неотвратимости наказания судей за незаконные решения. В этой связи обращаем внимание читателей на то, что с 2006 г. действует Закон Украины «О выполнении решений и применения практики Европейского Суда прав человека», а ст. 9 (ч. 5) этого закона обязывает Министерство юстиции подавать иски о возмещении ущерба госбюджету вследствие проведения выплат за решением Европейского Суда. Очень было бы справедливо, если бы все судьи и чиновники, которые давили на суд, а также председатели судов – все участники группового правонарушения по отношению к «Агрокомплексу», выплатили в необходимых долях все 27 млн евро в бюджет как компенсацию за ущерб, причиненный «Агрокомплексу» по решению Европейского Суда. Это был бы для всей судебной системы Украины очень впечатляющий прецедент и реальное начало борьбы с коррупцией в украинских судах.

Оправданием неправосудных судебных решений частично является положение о праве судьи на ошибку. И это действительно так. Ведь любой человек не застрахован от ошибок. Однако возникает правомерный вопрос, а на сколько ошибок, например, в год имеет право судья? В принципе, ни на одну. Но практически это редкость. Следовательно, необходимо установить максимум допустимых ошибок по определенным категориям дел и, исходя из этого, определять профессиональную пригодность судьи или его умышленное коррупционное поведение.

После допустимого максимума ошибок судей необходимо подвергать полной переэкзаменовке на предмет знания всех отраслей права. Если допустимый максимум ошибок судья совершает систематически, то необходимо ставить вопрос о его профессиональной непригодности. Для включения этого механизма юридической ответственности судей создавать специальные органы нет необходимости – достаточно существующих квалификационных комиссий. Общество не имеет права и возможности, во имя собственного самосохранения терпеть малограмотных или корыстных судей в судебном корпусе.

Не менее важным условием для развития коррупции в судах является скопление нерассмотренных дел, перегрузки, очередность рассмотрения дел. Если в кассационных инстанциях скапливаются десятки тысяч нерассмотренных дел, как удержать стороны от соблазна ускорить процесс рассмотрения с помощью подкупа, особенно когда речь идет о спорах в сфере бизнеса? Здесь может совершаться подкуп не только судей, но и судебных чиновников, готовящих дела к рассмотрению. Поэтому формальные недостатки в организации судопроизводства также являются благодатной почвой для коррупции в судах. Следует помнить, что продажный суд чрезвычайно опасен для демократии, так как он не выполняет надзорную функцию гаранта конституционных прав и свобод граждан, не в состоянии честно и объективно оценивать деятельность чиновников. Вместе с тем в условиях продажности судебной власти сложно ожидать честности и от исполнительной власти. При коррумпированной, некомпетентной и зависимой судебной системе чиновники без особого риска могут участвовать в мошеннических сделках и подкупе высокопоставленных политиков, рассматривая суд как орган прикрытия, как «крышу», а не орган правосудия и неотвратимого возмездия за содеянное.

Очень сильно способствовал формированию коррупции в судах институт занятия должности судьи бессрочно. За время действия Конституции Украины (1996 г.) институт бессрочного замещения должности судьи не оправдал тех надежд на независимость и непредвзятость суда, которые на него возлагались. Зависимость судей от исполнительной власти, олигархических кланов, бизнеса и других структур настолько всеохватывающая, глубокая и конкретная, что институт бессрочного занятия должности судьи не только не противостоит коррупции, а, наоборот, помогает ее внедрению. Лица, избранные бессрочно на должность судьи, скорее ощущают свою безнаказанность, чем ответственность и часто творят произвол вместо правосудия. Вместе с тем, власть оценивает иначе этот институт, считая, что именно бессрочное занятие должности судьи обеспечивает независимость судей. Но юридически формально декларативно независимость судей обеспечена и на конституционном, и на законодательном уровне. Достаточно сказать, что каждый из судебных органов, независимо от своего места в системе, и каждый судья разрешает конкретные дела самостоятельно, руководствуясь только законом и правосознанием. Каждый судебный орган – самостоятельный носитель судебной власти. Однако продекларированная независимость суда и судей и в Конституции, и в текущем законодательстве работает скорее на укрепление коррупции в судах, чем на формирование честного, объективного, непредвзятых суда. В Украине коррупция является способом государственного управления, и суд для этой системы не есть предмет исключения. В этих условиях занятие судьями своих должностей бессрочно только способствует их произволу, уверенности в своей безнаказанности. Статистика Высшей квалификационной комиссии судей показывает, что из 28839 жалоб и заявлений на судей в 2011–2012 гг. 80 % судей, привлеченных к дисциплинарной ответственности, были судьи, избранные на должность судьи бессрочно. Согласно социологическим исследованиям, 90 % граждан Украины не доверяют суду и правоохранительным органам. И на этом фоне статистических показателей считать, что занятие судьями своей должности бессрочно укрепляет независимость судей – не укладывается в логику здравого смысла. Наоборот, надо создать такой порядок занятия судьями своих должностей, когда судья через определенный промежуток времени должен отчитываться о своей деятельности по всем оценочным показателям. Думаю, что занятие судьями своей должности должно включать три периода: пять лет, 10 лет и 15 лет, а только для судей Верховного

Суда Украины – бессрочно. Логика такого подхода состоит в том, что в Верховном Суде идет постоянный отбор самых опытных и проверенных в профессиональном и моральном отношении судей. Здесь существенно выше оплата труда, различные виды социальных льгот, судьи Верховного Суда занимают высокое общественное положение и пользуются авторитетом в обществе. Им есть что терять, если их принудительно освобождают от должности, например, по причине нарушения присяги или в силу судебного преследования. И возраст судей Верховного Суда, и их служебное положение, и жизненный опыт, и ответственность за окончательное судебное решение определяют обеспечение им максимальной независимости, составляющей которой должно быть бессрочное избрание на должность судьи Верховного Суда.

Судьи остальных судов, имея опыт судейской работы в основном пять лет, еще ни профессионально, ни морально не готовы к такому уровню ответственности перед обществом, чтобы им можно было доверить должность судьи бессрочно с первого дня работы в должности судьи. Поэтому положение Конституции Украины о бессрочности занятия должности судьи в судах всех инстанций – очень плохая идея и теоретически, и практически.

В настоящее время эта идея реализована в законе, и нет никакого сомнения, что она будет активно содействовать коррупции в судах.

Бессрочное избрание на должность судьи и в правовом отношении, и морально вселяет в судей уверенность, что они недосыгаемы для реального наказания и лишения судейской мантии. Для борьбы с коррупцией очень важно, чтобы судья оглядывался на каждое свое решение, не угрожает ли оно его служебному положению. Бессрочно избранному судье нет необходимости остерегаться срочного контроля, а потому он безбоязненно будет творить произвол и беззаконие, зная, что ни через пять, ни через 10 лет его не спросят и не проанализируют, как он судил и сколько судебных ошибок сделал. Бессрочное избрание на должность судьи вполне оправдано только в тех странах, где 90 % населения уверено в справедливости суда. У нас, как известно, наоборот. И в этих условиях демонстрировать доверие со стороны власти к судьям через бессрочное избрание на должность судьи является неуважением к мнению собственного народа.

Наоборот, надо установить конституционный порядок периодической отчетности судей за свою деятельность – это укротит их гордыню и заставит задуматься о своем поведении. В целом, есть только два важнейших эффективных средства борьбы с правонарушениями в сфере деятельности судей:

- ни одно правонарушение судей не должно остаться незамеченным для государства и общества;
- быстрое и оперативное применение мер неотвратимой ответственности за совершенные правонарушения.

Когда люди знают, что от ответственности не уйти и «крыша» не поможет, они предпочитают дружить с законом и совестью, а не поддаваться на соблазны коррупции и произвола в своем поведении. А нашим судьям ничто человеческое не чуждо.

Исходя из изложенного, следует заключить, что существующий порядок судостроительства и судопроизводства в наших судах не исключает коррупции в судах. Только система судопроизводства, ставящая судью в зависимость от обязательных требований по конкретному правонарушению, способна исключить коррупцию в судах. Такой системой судопроизводства должна стать система прецедентных решений Верховного Суда Украины, согласно которым и должно совершаться правосудие в судах. Эта система уже опробована десятилетиями в зарубежных странах. И она, несомненно, будет действенной реальной программой против коррупции в судебной системе Украины.

Резюме

Сиренко В.Ф. Кому вигідна корупція в судах?

Статтю присвячено питанням запобігання і протидії корупції в судовій системі України. Авторське бачення протидії корупції в судах ґрунтується на теорії інтересу, оскільки корупція у своєму формуванні і реалізації використовує той самий механізм, що й інтерес. Задаючись питанням, кому вигідна корупція в судах, автор вважає, що її підтримують ті, хто прагне задовольнити свої потреби і інтереси через корупційні дії суддів. Аргументується, що найбільш дієвими засобами протидії корупції в судах є виявлення корупційного судового рішення через систему контролю та невідворотність покарання за корупційні дії. Доводиться, що викоріненню корупції в судах сприятиме запровадження прецедентності рішень Верховного Суду та запровадження ревізійної форми оскарження рішень судів в Україні.

Ключові слова: корупція, судова система України, Верховний Суд, судовий прецедент, юридична відповідальність суддів.

Резюме

Сиренко В.Ф. Кому выгодна коррупция в судах?

Статья посвящена вопросам предотвращения и противодействия коррупции в судебной системе Украины. Авторское понимание противодействия коррупции в судах основывается на теории интереса, поскольку коррупция в своем формировании и реализации использует тот же механизм, что и интерес. Задаваясь вопросом, кому выгодна коррупция в судах, автор считает, что ее поддерживают те, кто хочет удовлетворить свои потребности и интересы через коррупционные действия судей. Аргументируется, что наиболее эффективными средствами противодействия коррупции в судах является выявление коррупционного судебного решения через систему контроля и неотвратимость наказания за коррупционные действия. Обосновывается, что искоренению коррупции в судах будет способствовать внедрение прецедентности решений Верховного Суда и реви-зионной формы обжалования решений судов в Украине.

Ключевые слова: коррупция, судебная система Украины, Верховный Суд, судебный прецедент, юридическая ответственность судей.

Summary

Vasyl Sirenko. Who benefits from corruption in courts?

The article covers the issues of preventing and combating corruption in the judiciary. It is noted that corruption in the judiciary harms the state the most, because law and order in the state and society depend on the proper functioning in this area. The existence of a democratic, rule-of-law and social state is impossible without a fair and objective court. Bribery should be considered the essential basis of corruption. By its social nature, corruption is a biological and social phenomenon.

The author's vision of combating corruption in courts is based on the theory of interest, as corruption in its formation and realization uses the same mechanism as interest. Questioning who benefits from corruption in courts, the author believes that it is supported by those who seek to satisfy their needs and interests through the acts of corruption of judges.

The most effective means of combating corruption in courts should be the detection of a corruption judgement through the system of control and the inevitability of punishment for acts of corruption.

It is argued that eradicating corruption in courts will contribute to the introduction of precedent character of the Supreme Court decisions and the introduction of a revision form of appeal against judgements. Guided by a precedent decision, a judge will not be able to legitimize arbitrariness. It is proposed to create special structures endowed with the rights of the Plenum of the Supreme Court to develop precedent decisions on certain categories of cases in various branches of law.

Emphasis is placed on the weak development in effective legislation of Ukraine of the mechanism of legal liability of judges, the imperfection of the means of detecting illegal judgements made by specific judges; the lack of tools for prompt response to judges' offenses.

It is noted that the institution of judicial unlimited term of office has largely contributed to the formation of corruption in courts. Only a system of justice making a judge dependent on mandatory requirements for a particular offense can help eradicate corruption in courts. The precedent character of decisions of the Supreme Court must be an integral element of such a system. Such a system has been tested for decades in other countries. It can become an effective anti-corruption program for combating corruption in Ukrainian judiciary.

Key words: corruption, Ukrainian judiciary, Supreme Court, judicial precedent, legal liability of judges.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.81

УДК 341.232.2 + 342.97

А.Ю. ДВОРАК

*Андрій Юрійович Дворак, студент IV курсу
Інституту права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка**

**ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СПІВПРАЦІ УКРАЇНИ ТА МІЖНАРОДНОГО
ВАЛЮТНОГО ФОНДУ В СФЕРІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ (2014–2020 рр.):
НЕДОЛІКИ ТА ШЛЯХИ ПОСИЛЕННЯ**

Постановка проблеми. Наявність партнерських договірних відносин з іноземними фінансовими інституціями, націлених на розвиток проєктів для збільшення інвестиційної привабливості будь-якої країни, є важливою та необхідною умовою для покращення економічного становища країни, посилення її економічного розвитку та процвітання. Тому не випадковими є офіційна позиція Кабінету Міністрів України та заяви Міністерства закордонних справ України¹ про те, що наша держава тісно співпрацює з Міжнародним валютним фондом (далі – МВФ), групою Світового Банку і Європейським банком реконструкції та розвитку в частині отримання міжнародної фінансової підтримки, сприяння у проведенні реформ у правовій, адміністративній, політичній та інших сферах, активізації розвитку економіки, розбудови демократичних інститутів тощо. Проте основу такої співпраці, її посилення та подальшого розвитку становить насамперед правове забезпечення взаємовідносин з відповідними міжнародними фінансовими інститутами, що представлено нормами національного та міжнародного права, закріпленими в актах вітчизняного законодавства та міжнародного права. Зокрема, до таких актів належить насамперед Закон України «Про вступ України до Міжнародного валютного фонду, Міжнародного банку реконструкції та розвитку, Міжнародної фінансової корпорації, Міжнародної асоціації розвитку та Багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій»². Належний рівень правового забезпечення взаємовідносин між Україною та міжнародними фінансовими інститутами залежить передусім від: а) високого рівня наукової розробки концепції такого правового забезпечення; б) попередньо виявлених існуючих недоліків правового регулювання взаємовідносин України та міжнародних фінансових інститутів; в) науково обґрунтованих шляхів удосконалення зазначеного правового регулювання. Вказане підтверджує високий рівень актуальності теми цієї наукової роботи, її доктринальну та практичну витребуваність.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Актуальність теми наукового дослідження доводиться також існуючою недостатністю наукової розробки проблем правового забезпечення взаємовідносин України та міжнародних фінансових інститутів. Особливо це виявляється в частині вивчення історичного досвіду розвитку таких взаємовідносин, специфіки співвідношення національного та міжнародного рівнів їх правового забезпечення, впливу на розвиток різних сфер суспільного життя, в тому числі й на сферу соціального забезпечення громадян України. На сьогодні в юридичній науці представлені поодинокі наукові праці таких вчених, як: О.О. Бригинець, В.В. Лазебнік, Г.А. Пастернак-Таранушенко, Н.І. Патики, в яких розкриваються окремі ідеї щодо впливу взаємовідносин України та міжнародних фінансових інститутів на соціальну сферу життя людей, де переважно представлені лише загальні положення щодо такої співпраці та можливі ризики від їх посилення або послаблення. Одночасно слід зазначити факт відсутності сучасних наукових досліджень монографічного рівня, в яких би вивчалися питання правового забезпечення співпраці України та МВФ у сфері соціального забезпечення. Епізодично вказані питання розкриваються і в роботах, опублікованих у періодичних юридичних виданнях.

З урахуванням того, що пік взаємодії між Україною та Міжнародним валютним фондом припадає на останні сім років (період 2014–2020 рр. включно), вважаємо за доцільне обмежитись саме цим періодом для аналізу особливостей правового забезпечення взаємовідносин між Україною та МВФ.

© А.Ю. Дворак, 2020

* *Andrii Dvorak, Student of the Institute of Law of Taras Shevchenko Kyiv National University*

Мета та завдання дослідження. Враховуючи високий рівень актуальності тематики цієї наукової роботи, відзначаючи недостатність її наукової розробки, неоднозначність оцінок стану і соціально-економічного значення співпраці між Україною та МВФ, вважаємо за доцільне в якості мети цієї наукової роботи визначити: встановлення особливостей правового забезпечення співпраці України та Міжнародного валютного фонду в сфері соціального забезпечення (2014–2020 рр.), виокремлення її недоліків та шляхів посилення. Досягнення зазначеної мети пов'язано із розв'язанням наступних завдань:

- провести критичний аналіз положень законодавства України та актів міжнародного права (2014–2020 рр.), які стосуються правового забезпечення співпраці України та Міжнародного валютного фонду;
- з'ясувати особливості взятих Україною на себе зобов'язань у соціальній сфері та провести їх кореляцію з конституційно закріпленими основами соціального забезпечення в Україні;
- визначити та обґрунтувати шляхи удосконалення правового забезпечення співпраці України з МВФ у сфері соціального забезпечення.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи виокремлені нами завдання дослідження, з метою забезпечення всебічності та об'єктивності критичного аналізу правового забезпечення співпраці України та МВФ у сфері соціального забезпечення (2014–2020 рр.), насамперед вважаємо за доцільне зазначити наступне. Протягом періоду 2014–2020 рр. взаємовідносини між Україною та МВФ засновувались на тісній співпраці, в межах якої було затверджено чотири програми макрофінансові допомоги Україні зі сторони МВФ як кредитора. До цих програм належать:

1) Stand-By Arrangements, що була затверджена 30 квітня 2014 р., відповідно до якої метою українського уряду було домогтися траншу в розмірі 10.976 млрд спеціальних прав запозичення (далі – СПЗ). У межах цієї програми Україна отримала лише 2.972 млрд СПЗ кредитування з боку МВФ, але в силу невиконання зі сторони позичальника (України) зобов'язань, необхідних для подальшої співпраці по даній програмі, наступні етапи кредитування були призупинені³;

2) Extended Fund Facility (EFF), була затверджена у 2015 р. як альтернативна програма, яка мала замінити попередню укладену угоду Stand-By (2014–2016). Основою мотивувальної частини для створення цієї програми було твердження з боку України про недостатність часу на виконання реформ. Відповідно до нової програми урядом України було заплановано отримати 12,348 млрд СЗП, що становить близько 17,5 млрд доларів протягом наступних чотирьох років. Проте в межах цієї програми Україна отримала лише 6.178 млрд СЗП кредитування, що зумовлено суттєвим гальмуванням реформ та лише частковим виконанням Україною взятих на себе зобов'язань⁴;

3) Stand-By, що була схвалена Радою директорів МВФ 18 грудня 2018 р. відповідно до звернення України з новим проханням про надання траншу в розмірі 2,8 млрд СПЗ за новою 14-тимісячною програмою. Проте, на відміну від програми 2015 р., нова програма мала на меті паралельне існування з досі незавершеною EFF. 20 грудня 2018 р. Україна отримала перший транш у розмірі 1 млрд спеціальних прав запозичень (приблизно \$1,4 млрд) за програмою співпраці з МВФ. Його отримання дало Україні можливість залучити іншу міжнародну фінансову підтримку. Так, 18 грудня 2018 р. Україна отримала фінансову гарантію на суму \$750 млн від Світового банку, за якою 27 грудня залучила кредит у розмірі 349,3 млн євро, наданого Deutsche Bank. Зазначена програма також не була завершена через непослідовність проведення реформ в Україні⁵;

4) Stand-By, що була затверджена Радою директорів МВФ 9 червня 2020 р. Незважаючи на те, що Україна звернулася до МВФ з новим проханням про надання кредитного траншу за новою програмою розширеного фінансування Extended Fund Facility (EFF), мотивуючи це погіршенням ситуації у зв'язку з COVID-19 та необхідністю подолання звичних для України питань, пов'язаних з платіжним балансом, банківською системою і іншими вразливими сферами економіки, які ослаблилися ще більше з приходом пандемії у 2020 р., Радою директорів було затверджено нову 18-місячну програму Stand-By макрофінансової допомоги у обсязі 3.6 млрд СПЗ (близько 5 млрд доларів) підтримки України. 12 червня 2020 р. Україна отримала перший транш МВФ у розмірі 2,1 млрд доларів. А залишок був розділений ще на чотири транші, проте станом на листопад 2020 р. інші кредитні транші Україні надані не були⁶.

Затвердженню вказаних програм кредитування МВФ, що здійснюється радою директорів МВФ, передують попередні звернення України до МВФ з відповідним листом про наміри та меморандумом про економічну та фінансову політику, в яких Україною декларується зміст та стан реалізації бюджетної, грошово-кредитної, валютно-курсової політики, політики у фінансовому секторі, визначаються напрями здійснення подальшого реформування відповідних сфер життєдіяльності суспільства (банківської, земельної, адміністративної, правової та ін.), закріплюються відповідні заходи та фіксуються структурні маяки. У подальшому місії МВФ здійснюють ґрунтовний аналіз та перевірку поданої документації, проводять моніторинг достовірності зазначеної інформації, беруть участь в узгодженні положень і, як результат, рада директорів МВФ приймає рішення щодо кредитування. Важливе місце у змісті зазначених вище меморандумів про економічну та фінансову політику займають питання сфери соціального забезпечення громадян України, що й буде становити предмет нашого наукового аналізу. Тому з метою продовження нашої роботи, вважаємо за доцільне структурувати основну частину на чотири самостійні блоки відповідно до ухвалених протягом 2014–2020 рр. програм макрофінансові допомоги Україні зі сторони МВФ, зміст яких офіційно представлений у відкритих джерелах.

Перша програма співпраці Stand-By Arrangements, що була затверджена 30 квітня 2014 р., базувалась на умовах, визначених у Меморандумі «Про економічну та фінансову політику» від 22 квітня 2014 р. У частині

соціальної сфери положеннями Меморандуму передбачалось, що: *Уряд ухвалить пакет заходів з мобілізації додаткових надходжень та скорочення видатків бюджету на загальну суму не менше 45 млрд грн і запровадить їх у дію шляхом ухвалення доповнень до «Закону про бюджет на 2014 рік» (абз. 4 табл. 1). Звертаємо увагу на те, що до таких заходів щодо скорочення видатків бюджету на 2014 р. положення Меморандуму відносять:*

– *Утримання мінімальної заробітної плати і заробітної плати 1 тарифного розряду на рівні 1 січня 2014 р. упродовж 12 місяців 2014 р.*

– *Утримання мінімального прожиткового рівня, що слугує базою для обрахунку пенсій та різноманітних видів допомоги, прив'язаних до пенсій на рівні 1 січня 2014 р. упродовж 12 місяців 2014 р., а також припинення індексації пенсій*

Проте вказані заходи фактично ухвалені підписантами Меморандуму врозріз із положеннями Конституції України та чинних законодавчих актів. Так, утримання мінімального прожиткового рівня (далі – МПР) суперечить положенням ст. 5 Закону України «Про прожитковий мінімум» від 15 липня 1999 р., згідно з якою центральний орган виконавчої влади має здійснювати моніторинг і робити індексування МПР, відповідно до фактичних потреб осіб, які отримують МПР. Більше того, саме від МПР залежить обрахунок мінімальної заробітної плати відповідно до ст. 9 Закону України «Про оплату праці» від 24 березня 1995 р., яка визначається з урахуванням потреб працівників та їх сімей, вартісної величини достатнього для забезпечення нормального функціонування організму працездатної людини, збереження її здоров'я, набору продуктів харчування, мінімального набору непродовольчих товарів та мінімального набору послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості, вартість яких знаходиться під постійним інфляційним впливом. І саме мінімальна заробітна плата має бути встановлена у розмірі не нижчому від розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб (ч. 2 ст. 9). З урахуванням того, що Закон України «Про прожитковий мінімум» прийнятий на виконання положень ст. 46 Конституції України⁷, де закріплено, що ніякі з соціальних виплат не можуть бути нижчими від МПР, встановленому законом, можливо резюмувати, що зазначені положення Меморандуму та взяті на себе Україною зобов'язання є таким, що не відповідають Конституції України.

Підписання Меморандуму «Про економічну та фінансову політику» від 27 лютого 2015 р., відповідно до умов якого Україні було погоджено програму розширеного фінансування EFF (Extended Fund Facility), також свідчить про ухвалення низки положень, що не відповідають положенням законодавства України. Відповідно до абз. 4 п. 23 Меморандуму закріплено ряд заходів щодо внесення змін до бюджету задля регулювання пенсійних виплат, а саме встановлено: *«...зменшення виплат працюючим пенсіонерам і обмеження можливостей дострокового виходу на пенсію поступово (на 6 місяців кожного року), підвищуючи пенсійний вік, загалом передбачивши зростання пенсійного віку на 5 років, а також збільшення робочого стажу, який враховується при нарахуванні розміру пенсії, на 5 років для низки професій, що мають право дострокового виходу на пенсію (як визначено в Додатку до Технічного Меморандуму), із введенням у дію цієї норми з 1 квітня 2015 року»*. Реалізовано цей захід було шляхом прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2 березня 2015 р. № 213-VIII, в якому п. 5 розділу III «Прикінцеві положення» передбачав реалізацію зазначеного заходу. Проте у 2020 р. Конституційний Суд України дав оцінку вказаному положенню щодо його відповідності Конституції України та визнав його неконституційним, як таке, що не відповідає принципу верховенства права. На думку Конституційного Суду України, основною проблемою положення є відсутність принципу передбачуваності, оскільки суб'єкти цього закону залишалися у «підвішеному» або непевному становищі і юридична конструкція положення не дає чіткого розуміння настання наслідків⁸.

Аналогічні положення містить Меморандум про економічну і фінансову політику від 5 грудня 2018 р., де вказані попередні заходи щодо створення бюджетної програми урядом на 2019 р. У п. 5b, на який посиляється п. 1 Таб. 2, закріплено: *«Ми вжили заходів з метою подальшого вдосконалення адресності субсидій на житлово-комунальні послуги, щоб забезпечити, щоб вони залишалися в межах, запланованих в бюджеті, у тому числі шляхом скорочення соціальних норм для обчислення субсидій на житлово-комунальні послуги в середньому на 11 відсотків (включно із скороченням обсягу субсидованого споживання газу з 4,5 куб. м до 4,0 куб. м на один квадратний метр опалювальної площі та відповідного зменшення норми централізованого опалення, які введені в дію з 1 травня 2019 року)»*. Згідно з вказаним заходом у бюджеті на 2019 р. заплановане скорочення обчислення субсидій на 2019 р. «в середньому на 11 %», а також скорочення субсидованого обсягу споживання газу з 4,5 куб. м до 4,0 куб. м на один квадратний метр. Але далі вказано: *«Якщо протягом 2019 року стане очевидним, що скорочення соціальних норм виявиться недостатнім для забезпечення того, щоб субсидії на житлово-комунальні послуги залишалися в межах бюджету, ми будемо додатково зменшувати ці норми або зробимо необхідні зміни у формулі для розрахунку субсидій»*. Тобто в положенні, де йдеться про скорочення соціальних норм (що негативно впливає на рівень соціальної забезпеченості громадян. – Прим. авт.) відсутня конкретика щодо чіткого встановлення обрахунку норм необхідного розміру споживання природного газу, для отримання субсидій. Проте відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення державних соціальних стандартів у сфері житлово-комунального обслуговування» від 6 серпня 2014 р. № 409⁹ закріплено: *«Якщо затверджений тариф на послугу з централізованого опалення (або на послуги з постачання теплової енергії) для населення менший, ніж соціальний норматив, визначений відповідно до абзацу третього – восьмого цього підпункту, для надання пільг і субсидій засто-*

совується затвердженій тариф» (абз. 7 пп.1 п. 1). Згідно із п. 1 цієї постанови використовується така формула для обчислення соціального нормативу (СНт):

$$\text{СНт} = (\text{Пмін} \times \text{Кс}) / \text{СРт}$$

де, Пмін – встановлений на законодавчому рівні на відповідну дату розмір прожиткового мінімуму на одну особу з розрахунку на місяць, гривень; Кс – середній кількісний склад домогосподарств, які отримують житлову субсидію, що становить дві особи; СРт – соціальна норма опалювальної площі житла на одне домогосподарство у складі двох осіб – 62,52 кв. метра.

Аналіз змісту абз. 7 пп. 1 п. 1 дає змогу зробити припущення про те, що фактично було дозволено обчислювати тариф таким чином, щоб він міг в результаті бути нижчим від соціального нормативу. Оскільки СНт отримується із формули, складовою якої є розмір прожиткового мінімуму, середня кількість домогосподарств та розмір домогосподарства, то виникає логічне питання – розмір якої складової формули має змінитися? Виходячи із змісту «попереднього заходу» Меморандуму, уряд допускає зниження соціальних норм, але оскільки обчислення цих норм залежить від наведених вище елементів, то, відповідно, для зменшення норми, має зменшитися Пмін, Кс або збільшитися СРт. Необхідно взяти до уваги: по-перше, те, що прожитковий мінімум не може стати меншим (ст. 46 Конституції України); по-друге, середній кількісний склад домогосподарств, які отримують житлову субсидію, що становить дві особи, може зменшитися лише за рахунок, безпосередньо, самих споживачів цих господарств, наприклад, якщо вони будуть перебільшувати соціальні норми споживання; по-третє, соціальну норму опалювальної площі житла на одне домогосподарство у складі двох осіб, при якій площа житла не може збільшитися. Таким чином, аналіз п. 1 вказаної постанови уряду від 6 серпня 2014 р. № 409, що стосується безпосередньо осіб, які користуються соціальною допомогою, доводить, що застосування затвердженого тарифу для надання пільг та субсидій може бути меншим від соціальних нормативів.

Те ж саме стосується і окремих положень Меморандуму про економічну і фінансову політику від 2 червня 2020 р., зокрема в частині бюджетної програми витрат, пов'язаних з COVID-19, яка, в свою чергу, визначає бюджетну програму на 2020 р. Відповідно до положень Меморандуму одним із заходів, що має реалізувати Україна, є *«Прийняття змін до бюджету, якими передбачити створення бюджетної програми «Фонд боротьби з COVID-19 та його впливом». Ми маємо забезпечити, що цей фонд буде тимчасовим, прозорим, а його видатки ефективними. Фонд буде використовуватися насамперед для фінансування додаткових видатків на охорону здоров'я та соціальних видатків, безпосередньо пов'язаних із епідемією COVID-19. Діяльність фонду регулюватиметься актами Кабінету Міністрів України (Уряд), у яких відображатимуться вимоги щодо прозорості та підвітності»*. На офіційному сайті Міністерства фінансів України представлено дашборд, який освітлює касові видатки з фонду та скільки грошей було виділено на сам фонд¹⁰. Беручи до уваги, що у бюджетній програмі зазначено, що гроші мають йти у першу чергу на охорону здоров'я та соціальні видатки, виникає питання: чому більшу частину касових видатків, а саме 20,216 млрд із 38,952 млрд, було витрачено на захід «будівництво, реконструкція доріг державного значення»? Ще одним відкритим питанням є таке: яким чином Міністерство інфраструктури України взаємодіє з фондом боротьби з гострою респіраторною хворобою? Таким чином передбачувана Програма бюджету на 2020 р. *«Фонд боротьби з COVID-19 та його впливом»* є такою, що не повністю реалізується ефективно і, найголовніше, його функціонування не відповідає положенням Меморандуму.

Висновки. З урахуванням вищезазначеного вважаємо, що основними шляхами удосконалення правового забезпечення співпраці України з МВФ у сфері соціального забезпечення є наступні:

1) важливо суттєво змінити концептуальний підхід до співпраці з МВФ, зорієтувавши його на пріоритетність довготривалої діяльності відповідно до системи принципів, центральним в якій має стати принцип соціальної цінності людини та непорушності закріплених в законодавстві України соціальних стандартів. За період 2014–2020 рр. жодна з програм співпраці України та МВФ не була повністю реалізована, переважно всі вони обмежувались першим траншем, заради якого, як правило, суттєво скорочувались та знижувались соціальні стандарти, та подальшим невиконанням Україною взятих на себе зобов'язань. Такий підхід фактично свідчить про недалекоглядність співпраці з МВФ, що обмежується виключно першим етапом співпраці та запровадженням нових соціальних обмежень для власних громадян, а не проведенням реальних ефективних реформ у соціальній сфері;

2) важливо при визначенні та схваленні умов співпраці України і МВФ охоплювати якомога широкі сфери життя суспільства та функціонування держави, які будуть реально реформовані, а не обмежитися лише соціальною сферою і переважно в частині скорочення та зменшення соціальних стандартів;

3) вважаємо за доцільне разом із визначенням умов співпраці між Україною та МВФ встановлювати підстави та умови персональної відповідальності осіб, уповноважених за співпрацю з МВФ та реалізацію умов відповідного меморандуму, за визначення завідома неконституційних умов співпраці, нецільове використання фінансової допомоги МВФ, невиконання взятих на себе зобов'язань тощо.

¹ Про міжнародне співробітництво з міжнародним валютним фондом. URL : <https://mof.gov.ua/uk/mvf>

² Про вступ України до Міжнародного валютного фонду, Міжнародного банку реконструкції та розвитку, Міжнародної фінансової корпорації, Міжнародної асоціації розвитку та Багатостороннього агентства по гарантіях інвестицій: Закон України від 3.06.1992 р. № 2402-XII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-12#Text>

³ Про схвалення проекту Листа про наміри Уряду України і Національного банку України до Міжнародного валютного фонду та проекту Меморандуму про економічну та фінансову політику від 22.04.2014 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/411-2014-%D1%80#Text>

⁴ Про схвалення проекту Листа про наміри Уряду України і Національного банку України до Міжнародного валютного фонду та проекту Меморандуму про економічну та фінансову політику від 27.02.2015 р. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/714-2015-%D1%80>

⁵ Про схвалення проекту Листа про наміри Уряду України і Національного банку України до Міжнародного валютного фонду та проекту Меморандуму про економічну та фінансову політику від 5.12.2018 р. URL : <https://www.kmu.gov.ua/npras/proshvalennya-proektu-lista-pro-namiri-uryadu-ukrayini-i-nacionalnogo-banku-ukrayini-do-mizhnarodnogo-valyutnogo-fondu-ta-proektu-memorandumu-pro-ekonomichnu-ta-finsanovu-politiku-s-051218>

⁶ Про схвалення проекту Листа про наміри Уряду України і Національного банку України до Міжнародного валютного фонду та проекту Меморандуму про економічну та фінансову політику від 20.05.2020 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/756-2020-%D1%80#Text>

⁷ Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96–ВР. URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80/print1419249647141480>

⁸ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою громадянки України Левченко Ольги Миколаївни щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису пункту 5 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» від 2.03.2015 р. № 213-VIII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va05p710-20#n38>

⁹ Про встановлення державних соціальних стандартів у сфері житлово-комунального обслуговування: постанова Кабінету Міністрів України від 6.08.2014 р. № 409. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/409-2014-%D0%BF#Text>

¹⁰ Фонд боротьби з гострою респіраторною хворобою COVID-19, спричиною коронавірусом SARS-CoV-2, та її наслідками. URL : https://www.mof.gov.ua/uk/data_and_analytics-433

Резюме

Дворак А.Ю. Правове забезпечення співпраці України та Міжнародного валютного фонду в сфері соціального забезпечення (2014–2020 рр.): недоліки та шляхи посилення.

У статті розглянуто положення чотирьох Меморандумів про економічну та фінансову політику, підготовлені Україною та схвалені радою директорів МВФ у період з 2014 по 2020 рр. Виявлено існуючі в них правові недоліки, що стосуються сфери соціального забезпечення. Підсумовано, що стан виконання обов'язків, покладених на себе Україною, має незадовільний характер, не повною мірою відповідає визначеним і закріпленим в Меморандумах структурним маякам. Визначено та обгрунтовано шляхи удосконалення правового забезпечення співпраці України з МВФ у сфері соціального забезпечення (зміна концептуального підходу до співпраці з МВФ, встановлення підстав та умов персональної відповідальності осіб, уповноважених за співпрацю з МВФ тощо).

Ключові слова: міжнародні фінансові організації, Міжнародний валютний фонд, соціальне забезпечення, кредитні правовідносини, меморандум про економічну та фінансову політику.

Резюме

Дворак А.Ю. Правовое обеспечение сотрудничества Украины и Международного валютного фонда в сфере социального обеспечения (2014–2020 гг.): недостатки и пути усиления.

В статье рассмотрены положения четырех меморандумов об экономической и финансовой политике, подготовленные Украиной и одобренные советом директоров МВФ в период с 2014 по 2020 гг. Выявлены существующие в них правовые недостатки, касающиеся социального обеспечения. Установлено, что выполнение обязанностей, возложенных на себя Украиной, имеет неудовлетворительный характер. Определены и обоснованы пути усовершенствования правового обеспечения сотрудничества Украины с МВФ в сфере социального обеспечения (изменение концептуального подхода к сотрудничеству с МВФ, установление оснований и условий ответственности лиц, уполномоченных на сотрудничество с МВФ и т.д.).

Ключевые слова: международные финансовые организации, Международный валютный фонд, социальное обеспечение, кредитные правоотношения, меморандум об экономической и финансовой политике.

Summary

Andrii Dvorak. Legal support of cooperation between Ukraine and the International Monetary Fund in the field of social security (2014–2020): shortcomings and ways to strengthen.

Due to the government's inefficiency, unfair policies and other tough circumstances, in 2014 Ukraine confronted a social crisis, which led to the so-called 'Euromaidan revolution'. After the re-election of a new government, Ukraine began to cooperate tightly with different international financial institutions such as the International Monetary Fund (IMF), the World Bank and the European Bank of Reconstruction and Development in terms of credit relations.

This article highlights the support of the IMF, which consists in the Stand-By Arrangement and Extended Fund Facility programs, and the legal principles of the cooperation between Ukraine and the IMF in the sphere of social security. The urgency of this issue lies in the importance of strengthening the social security of Ukraine weakened by the government in its attempt to fulfil the gaps in the economic or bank sector by shortening the social standards.

This article is aimed at: a) a critical analysis of the legal principles of the Ukrainian law regarding the international acts, which concern the cooperation with IMF during 2014–2020; b) finding out the social aspects in the obligations of the four agreements ratified during 2014–2020; c) outlining the ways to improve the Ukrainian legal principles of international cooperation in order to strengthen the social sphere of the country.

The process of receiving a loan from the IMF presupposes the following steps: a lender (country) gives an 'offer' (letter of intent) and a lendee (IMF) decides to accept it or not. The offer includes a list of the prior actions and structural benchmarks, which should be done to receive the next tranche.

The author believes that the Ukrainian government requires to restructure their approach to the international agreements. For example, to secure the social interests, the Ukrainian government can enlist the Ukrainian ombudsman, whose signature will be also mandatory to accept the “letter of intent”. Also, before the release of the “offer” to any international institution, it is necessary to attract highly-qualified experts who can unbiasedly analyze and criticize the principles of the agreement.

Key words: international financial institutions, the International Monetary Fund, social security, credit relations, prior actions, structural benchmarks, international agreements.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2020.82

УДК 347.451.031

Д.С. ДЕМЧЕНКО

*Данило Сергійович Демченко, студент III курсу
Національного юридичного університету імені
Ярослава Мудрого**

ORCID: 0000-0002-9216-0188

АПРОКСИМАЦІЯ ІНСТИТУТУ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ ПРИ РОЗДРІБНІЙ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ДО АКТИВ ЄС

Постановка проблеми. Економічна криза в Україні щороку загострюється. Для її подолання принцип поваги до приватної власності повинен стати фундаментальною умовою суспільного договору. Механізм захисту прав споживачів – це один із основних аспектів забезпечення захисту права власності. Система захисту прав споживачів у європейських країнах посідає одне із провідних місць у процесі формування економічної та соціальної політики. За рахунок цього забезпечується самостійність в утвердженні свого статусу та підвищується ініціативність індивіда, який стає центральною постаттю економіки на усіх рівнях.

В Україні на сьогодні норми інституту захисту прав споживачів не відповідають провідним сучасним зразкам. Вони є розмитими, застарілими й містять безліч колізій – це призводить до виникнення конкурентних переваг для тіньового бізнесу. Унаслідок чого внутрішній споживчий ринок менш привабливий як для продавців, так і для покупців, порушення прав яких набули масового характеру. Зважаючи на це, вважаємо вкрай необхідним дослідити шляхи трансформації українського законодавства про захист прав споживачів, за рахунок їх наближення до європейських стандартів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Розробку теоретичних засад щодо наближення українського законодавства про права споживачів до європейського зразка здійснювали такі дослідники, як Є.А. Арабей, О.В. Дзера, О.Ю. Єгоричев, О.В. Зверева, Л.М. Іваненко, С.О. Погрібний, К.Є. Шахворостова, О.М. Язвінська та інші. Віддаючи належне їх напрацюванням з цієї проблематики, варто зауважити, що залишається недостатньо дослідженим сучасний стан виконання Україною зобов'язань відповідно до глави 20 Угоди про асоціацію України та ЄС.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає у дослідженні сучасного стану апроксимації українського законодавства до норм ЄС, формування подальших кроків імплементації та пошуку ефективних методів вирішення проблемних питань інтенсифікації цих процесів.

Виклад основного матеріалу. Як впливає зі змісту ч. 2 ст. 50 Конституції України,¹ право на придбання товарів належної якості – одне із основних конституційних прав громадянина. Тобто Конституція зобов'язує державу, органи місцевого самоврядування створювати організаційно-правові, соціально-економічні та примусово-владні гарантії забезпечення цього права. Особливістю вітчизняного законодавства є прийняття Закону України «Про захист прав споживачів» (далі – Закон)² до прийняття Основного Закону. Україна одна із перших пострадянських республік (*ще за часів перебування у складі СРСР*) прийняла закон, що регулює подібні відносини. Цей факт ілюструє заінтересованість тогочасного українського істеблшменту у розвитку інституту захисту прав споживачів, але нині нормативно-правова база з цього питання втратила передові позиції у світі й розвивається значно повільніше порівняно з аналогічними інститутом у законодавствах європейських країн. Існує декілька зон розвитку сфери забезпечення прав споживачів.

Поштовхом для поновлення відповідного рівня уваги до захисту прав споживачів стала Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію)³, ратифікована Верховною Радою України та Європейським парламентом 16 вересня 2014 р. Набагато складнішим за саме прийняття виявилась реалізація укладених домовленостей, зокрема, глави 20 Угоди про асоціацію, щодо апроксимації українського законодавства у сфері захисту прав споживачів до стандартів ЄС. Україна взяла на себе зобов'язання забезпечити високий рівень захисту прав споживачів та досягти сумісності між

© Д.С. Демченко, 2020

* *Danylo Demchenko, 3rd year student Yaroslav Mudryi National Law University*

системами захисту прав споживачів України та ЄС. Додатком XXXIX до Глави 20 визначено законодавчі акти ЄС, які необхідно імплементувати у національне законодавство. Варто звернути увагу на два важливі моменти: акти, які Україна зобов'язалася впровадити у національне законодавство, є актами вторинного права ЄС та певна кількість з них нині вже втратили чинність. Це деяким чином звужує обсяг необхідних зусиль.

Серед актів, встановлених у вищезазначеному додатку, безпосередньо стосуються предмета нашого дослідження 15 актів, впровадження яких є обов'язковим для України. Кінцевий термін імплементції актів – 1 листопада 2017 р., винятком є більш об'ємний акт – Регламент (ЄС) № 2006/2004⁴, де цей термін продовжено до 1 листопада 2019 р. Дві рекомендації не потребували безпосередньої законодавчої ініціативи. Серед інших актів відповідальним структурам вчасно не вдалося впровадити жоден, але згодом було апроксимовано три директиви: № 2001/95/ЄС, № 87/357/ЄЕС, № 98/6/ЄС⁵. Навіть така незначна кількість актів забезпечила позитивні зрушення.

Відповідно до Директиви № 2001/95/ЄС було суттєво розширено обсяг товарів, що підпадають під поняття «безпечна продукція». Ці зміни утвердили роль споживача як суб'єкта договору купівлі-продажу. Покупець отримав більш широкий спектр вибору не тільки серед повністю безпечних товарів, а й тих, де наявні мінімальні ризики, що є сумісними з використанням продукції та вважаються допустимими при дотриманні високого рівня захисту прав споживачів⁶. За рахунок цього зменшується рівень патерналізму в цьому правовому інституті. Додатково ці зміни надають більше можливостей для правомірної конкуренції серед суб'єктів підприємницької діяльності. На противагу перспективам, запровадженим Директивою, існує застереження щодо підвищення ролі контролюючих органів та їх службових осіб у визначенні поняття «мінімальні ризики». Загалом впровадження норм цієї Директиви задало основний напрям подальшого розвитку нормативно-правових актів, зв'язаних із захистом прав споживачів, які повинні бути розвинені за рахунок застосування інших пунктів додатку XXXIX.

Директива № 87/357/ЄЕС посилює захист споживача у випадках, якщо товари мають вигляд, що не відповідає цільовому призначенню, через що їх можна сплутати із продовольчими товарами. На державу покладається додаткова відповідальність щодо запобігання таким випадкам. Директива визначає основоположну роль держави у процесі гарантування безпечності продукції.

Найбільше практичне значення має Директива № 98/6/ЄС. Її положення зобов'язують державу розміщувати точну, прозору та позбавлену розбіжностей інформацію про ціни на товари, запропоновані споживачам. Ціна продажу та ціна за одиницю повинні бути простими для ідентифікації, чітко розбірливими та зазначеними без розбіжностей. Ця законодавча новела забезпечує більшу інформованість споживачів та посилює захист ринку від недобросовісної конкуренції.

На наш погляд, роль цього інституту та перспектив імплементції європейського законодавства недооцінена. Несистематизовані кроки вже дали значний результат, про що йшлося вище. За умов інтенсифікації процесів наближення результату матимуть значно ширший багатогранний характер. Апроксимація українського законодавства у питаннях захисту прав споживачів до європейського зростає необхідним розвитком економіки у трьох основних напрямках: збільшення обсягу механізмів протидії несправедливим комерційним практикам, підвищення конкурентоспроможності вітчизняного виробника та відновлення довіри європейських партнерів до України. Кожну з переваг ми розглянемо окремо.

Усталення захисту прав споживачів відповідно до європейських норм, порівняно із сучасним станом законодавства, надасть відповідальним суб'єктам підприємницької діяльності обсяг переваг, що на цей час не закріплені. Основний зміст можливостей надається Директивою № 2005/29/ЄС. Першочерговим надбанням повинен стати подальший розвиток принципів чесної конкуренції. З'явиться механізм забезпечення належних та ефективних заходів по боротьбі з несправедливими комерційними практиками. До них, наприклад, належить право приватних осіб чи організацій, які мають законний інтерес щодо боротьби з несправедливими комерційними практиками (*в тому числі конкурентів*), вдаватися до законних дій з недопущення та протидії таким випадкам. Для реалізації цієї концепції необхідно розширити термінологічний апарат Закону, додати поняття: «середній споживач», «професійна сумлінність», «загальна економічна поведінка», «викривлення економічної поведінки»... Потрібно висвітлити загальносуспільну тенденцію щодо розуміння ролі презентації як фінального етапу донесення інформації. Тому ст. 9 Закону повинна бути доповнена ч. 3: «Підприємницька практика вважається такою, що вводить в оману, якщо вся або частина вказаної інформації є коректною, але її загальна презентація вводить або може ввести середнього споживача в оману».

За рахунок розширення законодавчо закріплених переліків недобросовісних та агресивних практик збільшиться значення якості продукції. Це надасть переваги бізнесу, який діє в межах правового поля та потребує будь-якої допомоги для боротьби з кризою. Додатково буде підвищено рівень безпеки інвестиційних вкладень як один із пріоритетних напрямів розвитку української економіки.

Рівень розвитку законодавства про права споживачів формує ступінь довіри до вітчизняного виробника. В умовах глобалізації від цього залежить конкурентоспроможність не тільки на світових чи регіональних ринках, а й у боротьбі за порівняно невеликий національний споживчий ринок. Коли перед покупцем в одному ціновому сегменті постає вибір між товаром, виробленим в Україні та європейським аналогом, майже завжди вибір – на користь закордонного товару. Так відбувається через вкрай низький рівень довіри до національних стандартів якості. За відсутності можливості прискіпливо аналізувати кожен покупок громадяни орієнтуються на усталену практику. Істотний зміст якої полягає у начебто більш жорстких вимогах законо-

давства ЄС до свого виробника. Хоча насправді такі вимоги стосуються виключних сфер та обмеженого кола продуктів. Значно важливіші такі стандарти з огляду на репутаційні надбання. Їх отримують не тільки компанії, безпосередньо зв'язані з виготовленням товару, до якого застосовуються особливі вимоги, а й увесь ринок в цілому. Значна кількість актів, які зазначені у Додатку XXXIX, стосуються вузько спеціалізованих питань та незначного кола суб'єктів. Вони потребують невеликих капіталовкладень від виробників та зовсім не стосуються бюджетних витрат. Наслідок впровадження таких норм є те, що виробники зможуть значно легше отримувати статус рівних, гармонізованим стандартам Європейського Союзу відповідно до Директиви № 98/34/ЄС⁷ та можливість наносити маркування *Conformite Europeenne*⁸. Це посилить позиції вітчизняних виробників продукції цих сегментів на національному рівні й надасть можливості для розширення ринків збуту. Український ринок виготовлення споживчої продукції загалом отримає репутаційні та іміджеві надходження. Серед таких актів Рішення Європейської Комісії № 2008/329/ЄС⁹. Для його виконання необхідно законодавчо закріпити заборону розміщення на ринку іграшок з магнітами без попередження про ризики для здоров'я та безпеку людей, які вони несуть. Середній споживач навіть без нормативного закріплення усвідомлює певні застереження щодо поводження з магнітами. Отже, введення такої норми до законодавства жодним чином не вплине на попит на цю продукцію, а от надбання, які можуть отримати суб'єкти купівлі-продажу, просто ігноруються законодавцем. Інший приклад – це Рішення Комісії № 2006/502/ЄС¹⁰. Основна ідея, яка пропагується цим Рішенням – це недопущення будь-якого використання запальнички дитиною через значну небезпеку для її життя і здоров'я. Забороняється продаж запальничок як сувенірної продукції, використання не стандартних елементів у їх дизайні, що можуть викликати зацікавленість дитини, постачання на ринок запальничок без відповідного захисту від дітей. Такі дії повністю відповідають основним принципам Закону України «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення»¹¹ та Рамкової конвенції ВООЗ із боротьби проти тютюну, що ратифікована Україною¹². У цьому контексті додаткові витрати на впровадження захисних систем мінімальні, бо достатньо лише збільшити силу натиску, необхідного для використання запальнички. Наближення законодавства до цього рішення було б додатковим віддзеркаленням підтримки Україною загальноєвропейських тенденцій боротьби за підвищення рівня загального здоров'я. Законодавці повинні звернути увагу на можливості без жодних перепон отримати велику кількість позитивних зрушень у реалізації прав споживачів.

Третій аспект необхідності якомога швидшої апроксимації законодавства про захист прав споживачів полягає в довірі між Україною та європейськими партнерами. Загальна кількість актів, які Україна зобов'язалася імплементувати у національне законодавство до 2020 р., становить 407 різноманітних документів ЄС. З них нині вдалося виконати лише 114. Інші 293 вже прострочені, на додаток: ще в 13 актах кінцевий термін виконання – 1 січня 2021 р. Для того, аби не втратити чи відновити довіру до України та подолати стагнацію в інтеграційних процесах, потрібно, не втрачаючи якості, звернути увагу на кількісні показники. Наближення до європейського розуміння – це складний та багатоступеневий процес. Існує велика кількість складних і суперечливих питань. Водночас потребують впровадження більш прості питання. Одним із таких і є захист прав споживачів. Проявом життєздатності цієї стратегії є Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав споживачів фінансових послуг»¹³. Закон отримав схвалення міжнародних експертів та став першим кроком забезпечення довіри споживачів фінансових послуг до фінансового сектору, створив механізми захисту їх прав та інтересів. Потрібно поширити цю практику й на захист прав споживачів, що стосується купівлі продажу. Значна кількість прикладів, які потрібно використовувати, вже наводилася вище. Ще одним із варіантів може стати Директива № 93/13/ЄС, положення якої в українському законодавстві відображено більш жорстко (*що дозволено директивою*), адже ст. 18 Закону стосується будь-яких умов договору, а не тільки стандартних. Для повного закріплення залишається лише зобов'язувати сторони продовжити виконувати умови договору, якщо він може продовжувати існування без несправедливих умов. Ця практика й так існує у вигляді звичаю ділового обороту. Це незначне доповнення забезпечить наближення в одному з питань, але таких, виключно точкових, змін потребують більшість із актів Додатка XXXIX. Варто використовувати ці можливості з більшою відповідальністю.

Нами з'ясовано, що більшість норм законодавства про захист прав споживачів так чи інакше вже існують, потребуючи незначної трансформації чи доповнення. Також було чітко викладено, в яких трьох сферах Україна отримає значні надбання – це розширення ринків та нові механізми захисту від недобросовісної конкуренції, збільшення рівня довіри до вітчизняного виробника, ефективний спосіб відновлення довіри ЄС. Виконання зазначених дій буде схвалено суспільством, не потребує значних фінансових, матеріальних та часових ресурсів.

Нез'ясованим залишається тільки питання, які перепони існують на шляху до реалізації зазначеного. На наше переконання, існують дві основні причини: неефективність прийнятої стратегії розвитку та невдалі дії з формування органів центральної влади.

29 березня 2017 р. уряд схвалив Концепцію державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року (далі – Концепція)¹⁴ та 27 грудня – план заходів з реалізації Концепції¹⁵. Концепція, загалом, визнає застарілість системи та потребу в її реформуванні. Зазначено необхідність відходу від домінування контрольно-наглядових функцій держави, які лише відображають фактичне становище, щодо порушення прав споживачів на внутрішньому ринку й не сприяють їх зміні. Визнається недостатня захищеність споживачів державою і законом внаслідок декларативного характеру проголошених прав та відсутності

механізмів їх реалізації й відновлення. Водночас не зроблено жодних кроків для відходу від нагромадження планів до ефективних дій. Фундаментальним моментом, за рахунок якого повинні бути сформовані механізми реалізації Концепції та Плану до неї, є проведення Європейською Комісією офіційного оцінювання відповідності Закону актам законодавства ЄС. Встановлений індикатор виконання не в повному обсязі охоплює можливі шляхи втілення завдання. Індикатором виконання цього пункту є надсилання до Європейської Комісії в установленому порядку відповідного звернення. Не передбачено жодних інших зобов'язань для відповідальних міністерств щодо взаємодії з Європейською Комісією з цього питання. Такі дії повністю охоплюються визначенням «бездіяльність влади» – безпідставне повне або часткове ухилення від здійснення передбачених Конституцією та іншими законами функцій і повноважень влади; несвоєчасне, несумлінне, некваліфіковане або неналежне їх виконання владними органами. Щодо виконавчої влади – це зволікання із запровадженням правових норм у життя, тобто із здійснення відповідних організаційних, правових, фінансових, інформаційних, наукових та інших заходів¹⁶. Вважаємо, що не було використано достатньої кількості інструментів для ініціювання такого оцінювання, що унеможливило цілісно втілити ідеї Концепції. Навіть у випадку, якщо звернення до Європейської комісії не досягло успіху, існує можливість використання великої кількості вітчизняних досліджень, чого також зроблено не було. Як наслідок, реалізація Концепції, на формування якої було витрачено значний час, не просунулася в жодному із пунктів. Лише деякі її ідеї були поодинокі імплементовані в інших проектах. Необхідно визнати реалізацію цієї Концепції повністю проваленою відповідними органами виконавчої влади. Надалі варто посилити зовнішню політичну діяльність з проведення оцінки стану українського законодавства європейськими партнерами. Паралельно з тим, спираючись на існуючі дослідження, створені українською правовою доктриною, виконувати відповідні зобов'язання Додатка XXXIX.

Другою причиною відвертого провалу наближення інституту захисту прав споживачів при роздрібній купівлі продажу є невдале об'єднання органів виконавчої влади. У 2014 р. Державна ветеринарна та фітосанітарна служба України, Державна інспекція України з питань захисту прав споживачів та Державна санітарно-епідеміологічна служба оптимізовані у Державну службу України з питань безпеки харчових продуктів та захисту споживачів (*Держпродспожислужба*)¹⁷. За шість років очевидно стала необхідність існування цього органу як трьох окремих структур. Права споживачів не забезпечуються. Процедура подання скарги на порушення прав споживача залишається досить складною і не відповідає загальним тенденціям діджиталізації. Через запровадження процедури погодження позапланової перевірки суб'єкта господарювання між скаргою та фактичною перевіркою проходить значна кількість часу. Витрачаючи значний обсяг бюджетних коштів, службі не вдалося ні реалізувати тактичні завдання через нестачу спеціалістів у предметах відання органу, ні сформувані стратегічні, бо керівництво постійно змінюється, не встигаючи досягти жодних результатів. Надмірний обсяг повноважень вимагає концентруватися на одній із трьох сфер діяльності. Наприклад, на тлі стрімкого поширення вірусу COVID-19 знову актуалізувалося питання розмежування органів. Усі зусилля спрямовано на подолання пандемії, де не вдалося досягти значних результатів, паралельно з тим відвернута увага від захисту прав споживачів. Службі не вдається забезпечити гідну реалізацію навіть уже впроваджених Директив № 2001/95/ЄС, № 87/357/ЄЕС, № 98/6/ЄС. Держспоживслужба має повернутися до функціонування як три окремих органи або створити сталу систему розвитку та значно збільшити кількість працівників. Окрім цього, органом, відповідальним за реформування інституту захисту прав споживачів, відповідно до Угоди про асоціацію залишається Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства. За шість років жодна із п'яти міністерських команд не спромоглася зробити спрямовані кроки на впровадження вторинного законодавства ЄС, щодо захисту прав споживачів. Зважаючи на це, для більш ефективної реалізації державної політики із захисту прав споживачів у структурі Міністерства повинен функціонувати окремий департамент з цього питання.

Висновки. Підсумовуючи, необхідно зауважити, що в українському законодавстві про споживчі права залишається значний обсяг зон для розвитку. За рахунок підписання Угода про асоціацію Україна отримала дієвий план, розроблений міжнародними експертами, без лобювань будь-яких інтересів, окрім прагнень громадян і громадського суспільства. Потрібно зупинити декларування нездійснених цілей і зосередитись на імплементації вже існуючих зобов'язань. Апроксимація усіх актів, зазначених у Додатку XXXIX, сформує більш стійкий, ніж існує зараз, фундамент для подальшого розвитку захисту прав споживачів.

У моменти загальносоціальної, економічної та політичної напруги суспільство вимагає прийняття популярних рішень для поновлення довіри до влади. Норми інституту захисту прав споживачів можуть стати одним із таких варіантів, що було повною мірою доведено в цій статті. Не приділяти увагу апроксимації європейського законодавства – це означає залишати захист прав споживачів у стагнації. Зважаючи на зазначене, основною проблемою на цей момент для забезпечення розвитку є привернення уваги органів влади до існуючих можливостей та пошук різноманітних матеріальних і людських ресурсів, яких конче не вистачає розглянутому інституту.

¹ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

² Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII / Верховна Рада України. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1023-12> (дата звернення: 22.11.2020).

³ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 22.11.2020).

⁴ Регламент № 2006/2004 Європейського Парламенту і Ради ЄС про співробітництво між національними органами влади по виконанню положень в галузі захисту прав споживачів (Регламент про співробітництво в галузі захисту прав споживачів) / База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b08#Text (дата звернення: 22.11.2020).

⁵ Стан імплементації актів ЄС. Станом на: 22.11.2020 р. URL: <http://navigator.euointegration.com.ua/eu-acts> (дата звернення: 22.11.2020).

⁶ Захист прав споживачів: стандарти ЄС та України / за ред. П. фон Браунмоль, Р.Л. Байко, Л.В. Васильєва. Київ, 2016. 40 с. URL: https://feao.org.ua/wp-content/uploads/2016/05/FEAO_Zahyst_prav_EU_Ukr_A4_block_03.pdf (дата звернення: 22.11.2020).

⁷ Директива № 98/34/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС про процедуру надання інформації в галузі технічних стандартів і регламентів, а також правил надання послуг в інформаційному суспільстві. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b11#Text (дата звернення: 22.11.2020).

⁸ CE marking. URL: https://ec.europa.eu/growth/single-market/ce-marking_en (дата звернення: 22.11.2020).

⁹ Commission decision № 2008/329/EC requiring Member States to ensure that magnetic toys placed or made available on the market display a warning about the health and safety risks they pose. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32008D0329> (дата звернення: 22.11.2020).

¹⁰ Commission decision N 2006/502/ EC requiring Member States to take measures to ensure that only lighters which are child-resistant are placed on the market and to prohibit the placing on the market of novelty lighters. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32006D0502> (дата звернення: 22.11.2020).

¹¹ Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення : Закон України від 22 вересня 2005 р. № 2899-IV / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2899-15#Text> (дата звернення: 22.11.2020).

¹² Рамкова конвенція ВООЗ із боротьби проти тютюну. *Офіційний вісник України*. 2006. № 13. С. 128, 861 с.

¹³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав споживачів фінансових послуг : Закон України від 20 вересня 2019 р. № 122-IX / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/122-20#Text> (дата звернення: 22.11.2020).

¹⁴ Про схвалення Концепції державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 р. № 217-2017-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/217-2017-%D1%80#Text> (дата звернення: 22.11.2020).

¹⁵ Про затвердження плану заходів з реалізації Концепції державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2017 р. № 983-2017-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/983-2017-%D1%80#Text> (дата звернення: 22.11.2020).

¹⁶ Юридична енциклопедія : в 6 т. / за ред. Ю.С. Шемшученка. Київ : «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 1998. Т. 1 : А–Г. 672 с.

¹⁷ Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади : постанова Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2014 р. № 442-2014-п. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/442-2014-%D0%BF#Text>

Резюме

Демченко Д.С. Апроксимація інституту захисту прав споживачів при роздрібній купівлі-продажу до актів ЄС.

У статті досліджено значення інституту захисту прав споживачів як фундаментального для капіталістичної економіки. Розглянуто значення Угоди про асоціацію України з ЄС для поновлення уваги до захисту прав споживачів. Визначено Додаток XXXIX до глави 20 Угоди про асоціацію основоположним для цілей дослідження. Автором з'ясовано три основні сфери, що набудуть розвитку, як наслідок продовження роботи з апроксимації українського законодавства до європейського зразка. До них віднесено: збільшення механізмів протидії несправедливим комерційним практикам, підвищення конкурентоспроможності вітчизняного виробника та відновлення довіри європейських партнерів. Автором розроблено методологічні концепції трансформації інституту захисту прав споживачів в українському законодавстві.

Ключові слова: права споживачів, апроксимація, купівля-продаж, право ЄС, товар, директива.

Резюме

Демченко Д.С. Апроксимація інституту захисту прав потребителів при розничній купівлі-продажі к актам ЕС.

В статье исследовано значение института защиты прав потребителей как фундаментального для капиталистической экономики. Рассмотрено значение соглашения об ассоциации Украины с ЕС для привлечения внимания к защите прав потребителей. Приложение XXXIX к главе 20 соглашения определено как основополагающее для целей исследования. Автором установлено три сферы, которые получат толчок к развитию при продолжении работы по апроксимации украинского законодательства к европейскому образцу. К ним относятся: увеличение механизмов противодействия несправедливым коммерческим практикам, повышение конкурентоспособности отечественного производителя и восстановление доверия европейских партнеров. Автором разработаны методологические концепции трансформации изучаемого института в украинском законодательстве.

Ключевые слова: права потребителей, апроксимация, купля-продажа, право ЕС, товар, директива.

Summary

Danylo Demchenko. Approximation of customers' rights institution concerning retail purchase-sale to the European Union provisions.

In the article the meaning of the customer rights protection is researched regarding the minor purchase and sale, as a fundamental for the capitalist economy. Separately, it is noted that the adoption of the law "on consumer rights protection" was one of the first when

Ukraine received the status of an independent state and fixed the basic principle of consumer rights protection in Part 2 of Article 50 of the Constitution of Ukraine. The importance of the association agreement between Ukraine and the European Union for updating the appropriate level of attention to consumer protection is considered. The Annex XXXIX to the 20 agreement regarding association is defined, being fundamental for the purposes of the research, in which 15 provisions that concern the subject of the research are outlined. The special attention is devoted to the results that were already accomplished, even without the use of systematic approach by the legal authorities. Three main spheres are found out, which will undergo swift development, as a consequence of continuation of work on approximation of Ukrainian legislation to the European sample. Each of the streams is processed specifically and in detail. The options of future implementation are provided in the process of analysis. For a more complete understanding, separate statistical analysis was made. Special attention is paid to problematic issues that do not allow the executive authorities to approach the legislation with the higher intensity and more effectively. The author's vision of the Conception of the governmental policy in the sphere of customer's rights protection for the 2020 period is laid out. The critical remarks are being made regarding the inactivity of the executive authorities in attraction of European Committee for the official evaluation of the appropriateness of the Ukrainian legislation to the provisions of the European Union. Based on the analysis, the methodological concepts of transformation of the institution of the consumer rights protection in the Ukrainian legislation are worked out.

Key words: Approximation, consumer rights, buying and selling, EU law, goods, directive.

О.С. ОЛІЙНИК

Олена Сергіївна Олійник, доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ «АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВА УКРАЇНИ ТА ПОЛЬЩІ»*

Колективна монографія науковців Київського університету права НАН України та факультету права і адміністрації Гданського університету Польщі «**Актуальні проблеми права України та Польщі**» є цікавим і ґрунтовним дослідженням, яке має теоретичне та практичне значення. Представлена на рецензування праця дає цілісне уявлення про загальний вектор розвитку сучасного процесу правотворчості на європейському континенті.

Актуальність теми дослідження не викликає сумніву, адже в процесі євроінтеграції та поступового входження України до європейської системи правових цінностей наша держава зобов'язалася здійснити правову імплементацію норм європейського права в національну правову систему та реформувати всі сфери політичного, економічного, культурного життя. А тому важливе місце в системі такого реформування приділяється позитивному оновленню правової системи з метою повного забезпечення дотримання прав людини, захисту національної безпеки в усіх її проявах як необхідної умови нормальної життєдіяльності громадян, суспільства і держави на підставі запозичення позитивного європейського досвіду.

У монографії проаналізовано велику кількість питань, пов'язаних із різними аспектами правотворення в обох державах. Зокрема, авторським колективом зосереджено увагу на правових підставах підвищення рівня та якості життя населення, особливостях формування соціальної структури суспільства; зміцнення генофонду українського народу; посилення мотивів і стимулів до соціальної та інноваційної активності людей, до трудової та підприємницької діяльності, запровадження технологій соціального проектування в системі управління людським розвитком, поступовий і послідовний розвиток самоврядних інститутів суспільства, ефективність взаємодії органів влади, суспільства і людини, застосування механізмів підвищення ефективності державного управління соціальною сферою.

В цілому монографія є вдалим прикладом комплексно, з використанням сучасних методів пізнання, врахуванням новітніх наукових досягнень дослідити трансформацію норм національного та європейського законодавства в сучасних умовах. Логічною є структура монографії, яка складається із двох послідовних розділів, які відображають теоретико-правові аспекти права України, Європейського союзу та світу.

Авторський колектив зазначає, що вивчення європейського та світового досвіду правозастосування, критичне засвоєння наявних у світі підходів та моделей організації правової системи дозволяє визначити низку умов ефективного функціонування суспільства та держави. Наголошено, що при формуванні та ухваленні засад правової політики держави плідним має стати застосування системного підходу, що передбачає врахування економічних, соціальних, політичних, духовних змін у суспільному житті країни, чітке розуміння стратегічних цілей і завдань усіх гілок влади, їх чітку взаємодію та урахування практичного досвіду.

Монографія привертає увагу не лише своєю фундаментальністю, комплексністю, а й певними особливостями. По-перше, високим теоретико-методологічним рівнем, значним поглибленням уже відомих проблем людського розвитку. По-друге, комплексним, різнобічним розглядом проблем. По-третє, глибокою обумовленістю наукових і прикладних аспектів досліджуваних проблем, органічним взаємозв'язком теорії і практики. Зокрема, у більшості підрозділів є чіткі вказівки на те, які управлінські дії потрібні для вирішення визначених проблем.

© О.С. Олійник, 2020

* *Рецензія на кн.: Актуальні проблеми права України та Польщі : монографія / Київський університет права НАН України; за заг. ред. проф. Ю.Л. Бошицького та проф. А. Шміта. Київ : Талком, 2020. 342 с.*

Отже, дана колективна монографія стане вагомим внеском у вирішенні складних методологічних проблем, пов'язаних із розвитком правозастосовчої практики обох держав. Теоретико-методологічна і практична спрямованість монографії зумовлюють її актуальність для забезпечення становлення обох держав. Теоретичні обґрунтування, висновки і пропозиції становлять значний інтерес як для науки, так і для управлінської практики. Усе це дає підстави для того, щоб високо оцінити результати праці колективу науковців Київського університету права НАН України та Гданського університету.

О.В. СКРИПНЮК

Олександр Васильович Скрипнюк, доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) НАПрН України, заслужений юрист України заступник директора з наукової роботи Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ О.В. СІНЬКЕВИЧ «ФУНКЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЯК ГАЛУЗІ ПРАВА УКРАЇНИ»*

Тема монографічного дослідження О.В. Сінькевич, присвяченого проблемам, пов'язаним із функціями конституційного права як галузі права України, представляється вельми актуальною, особливо з урахуванням поточного етапу конституційної реформи. Обрання курсу на побудову правової держави, закріплення його у статті 1 Конституції України 1996 року обумовлює надзвичайну важливість досліджуваної авторкою тематики, адже досягнення цієї мети, закріпленої в Основному Законі, навряд чи можливо без подальших успіхів конституційної реформи. У свою чергу, ці успіхи навряд чи є можливими без потужного доктринального підґрунтя.

Функціональна характеристика кожної галузі права є надзвичайно важливою для розуміння її сутності та аксіологічного навантаження, і національне конституційне право не є винятком.

По-перше, неможливо не враховувати тісний зв'язок між предметом галузі та її функціями, їхню взаємобумовленість, взаємний вплив, паралельну генезу. В юридичній науці ці питання розробляються здебільшого теоретиками держави і права, однак вони є вагомими і для галузевих досліджень.

По-друге, без усвідомлення функціональних характеристик конституційного права як галузі права України навряд чи можливо вибудовувати на єдиній ідеологічній основі реформи виборчого та референдного законодавства, децентралізації публічної влади тощо.

По-третє, авторка справедливо зазначає, що «у галузі теоретичних проблем функціонування конституційного права доволі помітною стала тенденція до моделювання та теоретичного конструювання конституційного права у його дії, насамперед, з точки зору діяльності органів конституційного контролю» (с. 20). Це узагальнення є цілком доречним та справедливим, коли йдеться про конституційне право як галузь права України.

Слід також наголосити, що монографія є першим комплексним дослідженням, у якому вирішено наукову проблему розробки доктрини функцій конституційного права як галузі права України, про що й зазначено на с. 7 рецензованої праці. У зв'язку з цим актуальність монографічного дослідження О.В. Сінькевич є доволі високою, а аналіз функцій конституційного права України з застосуванням класичного підходу (визначення та класифікація, на основі якої здійснено їх систематизацію) представляє неабиякий інтерес для фахівців із публічного права.

Багаторічний практичний досвід діяльності авторки як педагогічного та наукового працівника наклали відбиток на зміст її монографічного дослідження. З одного боку, вона закономірно приділила значну увагу теоретичним питанням, пов'язаним із функціями сучасного права в цілому та національного конституційного права зокрема (розділи 1-3 дослідження). З іншого боку, вона не обмежується лише теоретичними узагальненнями та інноваціями і звертає достатньо уваги практичним питанням, пов'язаним з функціональною характеристикою конституційного права як галузі права України (розділи 4-5 дослідження). Авторка наголошує на важливій ролі правозастосовчих органів, коли йдеться як про статистику, так і про динаміку функцій конституційного права як галузі права України.

При цьому авторка, не перевантажуючи дослідження, зберігає належний баланс між історичною ретроспективною функціональною характеристикою конституційного (державного) права за часів перебування

© О.В. Скрипнюк, 2020

* Рецензія на кн.: Сінькевич О.В. Функції конституційного права як галузі права України : монографія. Київ : Видавництво Ліра-К, 2020. 462 с.

України у складі СРСР, зверненням до праць видатних радянських теоретиків та державознавців та сучасними дослідженнями з обраної теми. Слід зауважити, що надмірно широке застосування доволі застарілих з ідеологічної точки зору публікацій є недоліком багатьох наукових досліджень, присвячених теоретичним питанням, пов'язаним із конституційним правом. Слід зазначити, що О.В. Сінькевич вдало уникнула цього.

Зауважимо, що дослідження ґрунтується на сучасній методології (чого позбавлена низка більш старих розробок щодо функцій конституційного права). Особливу увагу привертають методологічні підходи, на підставі яких авторка обробляла наявний доктринальний та нормативний матеріал, а також формулювала висновки та пропозиції. Крім доволі очевидних при дослідженні цієї тематики системного та діалектичного методологічних підходів, О.В. Сінькевич звертається також до аксіологічного (у частині проблематики основоположних цінностей права у цілому та конституційних цінностей зокрема), герменевтичного (у частині визначення та уточнення змісту понять та їх визначень, переліків їх характерних ознак), телеологічного підходу (у частині обмеження впливу регулятивної функції галузі національного конституційного права на окремі саморегульовані інститути).

Резюмуючи, слід зазначити, що рецензована монографія на тему «Функції конституційного права як галузі права України» значною мірою відповідає викликам сьогодення, присвячена актуальним питанням подальшого розвитку національного конституційного права як галузі права, обґрунтовує необхідність подальшого удосконалення відповідних доктринальних положень та конституційного законодавства. Праця О.В. Сінькевич обґрунтовує необхідність продовжувати напрацювання та нормотворчі зусилля з подальшого проведення конституційної реформи у частині підвищення ефективності функціонування органів публічної влади, розбудови громадянського суспільства в Україні, подальшої демократизації суспільного життя.

У цілому, монографія О.В. Сінькевич «Функції конституційного права як галузі права України» є сучасним дослідженням, яке має наукову новизну, несе практичну цінність та виступає в якості вагомим внеску в подальший розвиток доктрини конституційного права.

Ю.М. ЧОРНОУС

Юлія Миколаївна Черноус, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри криміналістики та судової медицини Національної академії внутрішніх справ

РЕЦЕНЗІЯ

НА МОНОГРАФІЮ, ВИдану КИЇВСЬКИМ УНІВЕРСИТЕТОМ ПРАВА НАН УКРАЇНИ, «СУЧАСНЕ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ: ПРАВОВА ТРАНСФОРМАЦІЯ В УМОВАХ СВІТОВИХ ЗМІН»*

Монографія «Сучасне державотворення: правова трансформація в умовах світових змін» є цікавим та ґрунтовним дослідженням колективу вітчизняних та зарубіжних авторів – юристів-науковців та практиків, яке має теоретичне і практичне значення. Перш за все, вона дає цілісне уявлення про загальний вектор розвитку сучасного процесу державотворення та правотворення як базисної складової сучасного цивілізованого суспільства в цілому, та правової держави зокрема, основи для громадянського суспільства, а також важливим теоретичним та практичним проблемам правозастосування на даному етапі розвитку країни.

Актуальність теми дослідження авторського колективу не викликає сумніву, оскільки із проголошенням Україною курсу на європейську інтеграцію та поступовим входженням до європейської системи правових цінностей, держава зобов'язалася здійснити правову імплементацію норм європейського права в національну правову систему та реформувати всі сфери політичного, економічного, культурного життя. А тому важливе місце в системі такого реформування приділяється позитивному оновленню правової системи, важливим процесам державотворення з метою повного забезпечення дотримання прав людини, захисту національної безпеки як необхідних умов життєдіяльності громадян, суспільства і держави на підставі запозичення позитивного європейського досвіду. Так, авторський колектив складають відомі вчені із України, Ізраїлю, Азербайджану, Польщі, Угорщини, Австрії, Німеччини та США. Згідно з такими концептуальними уявленнями в рецензованій монографії проаналізовано велику кількість питань, пов'язаних із різними напрямками сучасного державотворення як в Україні, так і світі, удосконалення національного законодавства та важливості його відповідності нормам європейського та міжнародного права із урахуванням сучасних світових змін, збереженням та розвитком людського потенціалу, а саме правових підстав підвищення рівня та якості життя населення, формування соціальної структури суспільства; зміцнення генофонду українського народу; поси-

© Ю.М. Черноус, 2020

* Рецензія на кн.: Сучасне державотворення: правова трансформація в умовах світових змін : монографія / Київський університет права НАН України; за заг. ред. проф. Ю.Л. Бошицького. Київ : Талком, 2020. 662 с.

лення мотивів і стимулів до соціальної та інноваційної активності людей, до трудової та підприємницької діяльності; запровадження технологій соціального проектування в системі управління людським розвитком; поступовий і послідовний розвиток самоврядних інститутів суспільства; ефективність взаємодії органів влади, суспільства і людини, застосування механізмів підвищення ефективності державного управління соціальною сферою.

Монографія є однією зі спроб комплексно, з використанням сучасних методів пізнання, врахуванням новітніх наукових досягнень дослідити трансформацію норм національного та європейського законодавства в сучасних умовах.

Монографія складається з чотирьох частин, кожна з яких присвячена важливим проблемам державотворення. Перший розділ присвячений постановці проблеми сучасного державотворення в Україні в контексті світових змін, зокрема аналізуються підстави генезису становлення та розвитку державотворення в Україні, шляхи їх трансформації, психологічні засади законотворчого процесу, основні функції та роль інституту держави в забезпеченні соціальної безпеки, а також адміністративно-правове забезпечення подолання корупції в Україні.

Другий розділ присвячений особливостям цивільно-правових та господарсько-правових правовідносин, зокрема на високому теоретичному та практичному рівні висвітлюються актуальні питання регулювання сфери інтелектуальної власності, формування міжнародно-правової бази управління у сфері охорони і захисту культурної спадщини: проблемні питання, виокремлено та проаналізовано особливості санкцій у праві інтелектуальної власності; проаналізовано правове підґрунтя та практичний досвід у сфері залучення іноземних інвестицій в Україну; приділено важливу увагу основним принципам правового регулювання у сфері мирного використання ядерної енергії.

У третьому розділі монографії розглядаються доктринальні засади кримінального та кримінально-процесуального законодавства в контексті сучасного державотворення, а саме: аналізуються сучасні способи формування кримінально-правової політики в Україні, у тому числі встановлення міри покарання в кримінально-правових санкціях; поняття, види та підстави звільнення від кримінальної відповідальності; підстави кримінально-правової охорони національної безпеки України та необхідність ефективного законодавчого регулювання; основоположні поняття теорії протидії злочинності; кримінологічний механізм протидії домашньому насильству в Україні та Європі, а також захист прав дитини в кримінальному та кримінально-процесуальному законодавстві.

Четвертий розділ присвячений міжнародному досвіду правового регулювання правопорядку та державотворенню. Авторами, зокрема, проаналізовано підґрунтя правової трансформації в умовах світових змін та роль сучасної держави у процесі державотворення; вплив нових технологій на правове регулювання у світовому інформаційному суспільстві, розгорнуто дискусію щодо моделі чорного ящика блокчейну через призму прийняття юридичною системою технології DLT; висвітлено питання необхідності викладання історії міжнародного права; проаналізовано основні питання кодифікації колективного трудового права в європейських державах; особливості правового захисту в європейських та міжнародних судових інституціях.

Зрештою, авторський колектив зазначає, що вивчення позитивного світового досвіду державотворення та правозастосування, критичне засвоєння наявних у світі підходів та моделей організації держави та правової системи дозволяє визначити низку умов ефективного функціонування суспільства в цілому. Наголошено, що при формуванні та ухваленні засад правової політики держави плідним має стати застосування системного підходу, що передбачає врахування економічних, соціальних, політичних, духовних змін у суспільному житті країни, чітке розуміння стратегічних цілей і завдань усіх гілок влади, їх чітку взаємодію та урахування практичного досвіду.

Але монографія привертає увагу не лише своєю фундаментальністю, комплексністю, а й певними особливостями. По-перше, високим теоретико-методологічним рівнем, значним поглибленням уже відомих проблем людського розвитку. По-друге, комплексним, різнобічним розглядом проблем. По-третє, глибокою обумовленістю наукових і прикладних аспектів досліджуваних проблем, органічним взаємозв'язком теорії і практики. Зокрема, у більшості підрозділів є чіткі вказівки на те, які управлінські дії потрібні для вирішення визначених проблем.

Зміст монографії в цілому має певні особливості, завдяки яким авторським колективом розкрито теоретико-методологічні підходи до узагальнення, визначення, оцінки та розв'язання поставлених проблем. Тут є певна логіка, коли питання формування, розвитку та правозастосування стає можливим за наявності обґрунтованих теоретичних узагальнень, науково-методичної підстави та практичних рішень. Таким чином, завдяки обраному підходу, зазначене дослідження вигідно вирізняється серед численних праць іноземних і вітчизняних науковців тим, що багатогранні проблеми збереження і розвитку правозастосовного потенціалу розглянуті в широкому контексті нагальних політичних, соціально-економічних проблем та їх впливу на перебіг і керуваність цих процесів в Україні.

Щодо зауважень, то, мабуть, будь-яка праця не може уникнути їх. Зауваження до цієї монографії пов'язані переважно з відсутністю загальної концептуальної бази до практики правозастосування, що лише підтверджує потребу в подальших наукових дослідженнях з цього напрямку. Особливо це стає актуальним за умов кризового стану економіки.

Монографія є суттєвим внеском у вирішення складних методологічних проблем, пов'язаних із розвитком державотворення та правозастосовної практики. Теоретико-методологічна і практична спрямованість

монографії зумовлюють її актуальність для забезпечення становлення молодшої української держави. Теоретичні обґрунтування, висновки і пропозиції становлять значний інтерес як для науки, так і для управлінської практики. Практичне значення монографії полягає в тому, що отримані наукові результати можуть бути використані в процесі формування стратегії правового розвитку України та її регіонів, вдосконалення правової політики держави, розроблення стратегії інтеграції європейського законодавства в національну правову систему. Усе це дає підстави для того, щоб високо оцінити результати праці колективу науковців Київського університету права Національної академії наук України.

О.Н. ЯРМИШ

Олександр Назарович Ярмиш, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, головний науковий співробітник Інституту законодавства Верховної Ради України

**РЕЦЕНЗІЯ
НА ПІДРУЧНИК «ВСТУП ДО УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА»
ЗА РЕД. Б. ВІЗЕРА, Я. ЛАЗУРА ТА О. БІЛАША***

Підвищення зацікавленості українським правом за кордоном – справа нелегка, а особливо такою вона видається, коли це стосується німецькомовної читацької аудиторії, адже ця аудиторія є вимогливою та надзвичайно критичною. І саме таку ціль поставив перед собою амбітний авторський колектив німецькомовного підручника «Вступ до українського права» (“Einführung in das ukrainische Recht”), який був нещодавно виданий за редакцією проф. Бернда Візера, проф. Ярослава Лазура та доц. Олександра Білаша у видавництві «С.Н. Век» (Мюнхен, Німеччина). Авторський колектив підручника представлений науковцями Австрії (Грацький університет імені Карла і Франца) та України (Ужгородський національний університет та Національний університет «Одеська юридична академія») спробував здійснити інтеграцію української та зарубіжної правових доктрин і традицій для того, щоб зміст українського права був і зрозумілий, і цікавий як студентам австрійських і німецьких вузів, так і усім іншим, хто цікавиться або після прочитання цієї праці зацікавиться системою права України.

Структурно підручник складається із шести розділів, які представляють собою окремі галузі права, а також першої ввідної частини, що репрезентує основи права та історію становлення українського права загалом. Звичайно, концепція підручника не дозволила включити до його змісту всі, а лише основні галузі права. Тим не менше, логічно обумовлена структура рецензованого видання, безумовно, зможе дати читачу достатню інформацію та створить цілісну картину системи українського права та позитивного законодавства.

Перший розділ підручника закономірно розпочинає виклад матеріалу і стосується генези українського права (стор. 1–16; доц. Володимир Галас), правової культури та інститутів права (стор. 16–20; доц. Олександр Білаш) та позитивного права (стор. 20–26; проф. Бернд Візер). Змістовність цього розділу підвищується розкриттям факторів, що впливали впродовж історичного розвитку української державності на право та законодавство. Дослідження охоплює період від XI до XXI ст., розкриваючи статус українських земель у складі іноземних держав та акцентуючись на аналізі джерел права і особливостей правової культури. Тут розглянуто правовий статус українських земель у складі Австро-Угорської монархії та Російської імперії, проаналізовано період Першої світової війни, Лютневу та Жовтневу революції XX ст., а також подальше створення СРСР, УРСР та місце останньої у Союзі Радянських Соціалістичних Республік. Історичний дискурс завершується набуттям незалежності Українською державою та відповідно початком нового етапу в розвитку державності і права. Співатор розділу доц. Олександр Білаш слушно зазначає, що «саме суспільство розвиває свою власну і часом «зручну» для себе модель правової культури» (стор. 16) та зауважує, що правова система України є системою перехідного типу, що прагне стати повноправним членом романо-германської системи права. Слід наголосити, що проф. Візером у параграфі «Позитивне право» (стор. 20–25) зроблений огляд джерел українського права та детальний аналіз періодичної фахової літератури у сфері юридичних наук.

Наступний розділ (проф. Бернд Візер) містить у собі виклад положень конституційного права. Крім традиційних параграфів українських підручників, які відповідають основним інститутам конституційного права: державний устрій, система органів державної влади, уряд, парламент, вибори тощо (стор. 34–76), цей розділ включає також і короткий опис історичної ретроспективи становлення українського конституціоналізму (стор. 27–34). Особливо цінним, як видається, є те, що автором цієї частини є видатний та знаний пред-

ставник австрійської школи конституційного права, котрий українську конституційно-правову матерію викладає через призму свого «європейського» розуміння, використовуючи при цьому праці як українських, так і закордонних вчених.

Третій розділ підручника (проф. Ярослав Лазур; доц. Тетяна Карабін; доц. Олександр Білаш) стосується адміністративного права України. Щоправда, незвичним та деякою мірою спірним є включення до розділу адміністративного права також і муніципального права (стор. 126–130), податкового права (стор. 143–150), адміністративного судочинства (стор. 103–113), перші два з яких у рецензованому підручнику віднесені до особливого адміністративного права, а останнє – до загального. Новаторством для тих, які підтримують традиційну систему адміністративного права, є виокремлення освітнього права (стор. 143–151), адміністративно-будівельного права та права просторового планування (стор. 130–135) у змісті розділу. Водночас безумовно правильним є сучасний підхід до аналізу принципів адміністративного права з виділенням принципу верховенства права як засадничого та вихідного, а також з акцентом на принципи належного адміністрування, що повинні впроваджуватися у діяльність владних суб'єктів. Чіткою та змістовною є частина, що розкриває питання публічної служби: не дивлячись на великий обсяг опрацьованого правового інституту, матеріал викладений лаконічно, висвітлюючи ключові питання, зі збереженням основних систематизаційних елементів. Зокрема, вдало систематизовані підстави припинення публічної служби (стор. 93), що насправді різняться для різних категорій публічних службовців та врегульовані різними нормативними актами. Цінним та таким, що присутнє не у всіх підручниках із адміністративного права, є елементи порівняння української доктрини із зарубіжною. Зокрема, при виділенні ознак адміністративного акту автори проводять паралелі з відповідними напрацюваннями німецьких юристів (стор. 95).

Розділ четвертий (проф. Олександр Рогач) розкриває основи цивільного права, включаючи загальну частину (стор. 154–173) та особливу частину (стор. 173–196) із її договірним, позадоговірним, спадковим та сімейним правом (стор. 194–196; доц. Марія Менджул). У світлі сучасних процесів рекодифікації українського цивільного права знаменною є частина розділу, що присвячена історії кодифікації цивільного права України від 1922 по 2003 рік. Однак, можливо, позитивне вирішення нинішніх намагань законодавця зумовлять потребу в новому дослідженні історії та написанні нових підручників. Окремий параграф у рамках розділу цивільне право присвячений цивільно-процесуальному праву (стор. 196–204; проф. Олександр Рогач; доц. Марія Менджул).

Наступний розділ підручника присвячено господарському праву (проф. Ярослав Лазур; к.ю.н. Аліна Гусь), де розглянуто правовий статус підприємств різної форми власності та особливості їх функціонування (стор. 206–216), інститут банкрутства (стор. 219–223), господарські договори (стор. 223–232), торгівельне та інвестиційне право (стор. 236–243). Заслуговує на увагу позиція авторського колективу цієї частини підручника щодо структури галузі, адже ця структура, з одного боку, повинна бути зрозумілою німецькомовному читачу, а з іншого – не тільки відповідати сучасній системі господарського права України, а й включати питання, які на разі є дискусійними і стали причиною розгортання дискусії щодо скасування Господарського кодексу України. Однак, слід зазначити, що в цю частину підручника, що є невластивим та незвичним для українського господарського права, включено банківське право (стор. 233–236), яке частіше за все розуміється українськими фахівцями переважно як частина фінансового права.

У рамках цього розділу також проводиться загальна характеристика трудового права (проф. Ярослав Лазур). Тут коротко висвітлено принципи та джерела трудового права, а також розглянуто особливості укладення трудового договору (стор. 243–247). Важливо, що в цій частині підручника зафіксовані фундаментальні речі галузі трудового права, які, думається, будуть незмінними навіть у новій редакції Кодексу законів про працю, проект якого активно обговорюється у стінах парламенту.

Останній, сьомий, розділ стосується кримінального права України (проф. Євген Стрельцов), включаючи загальну частину (стор. 256–262) та особливу частину (стор. 262–267), а також кримінально-процесуальне право (стор. 267–273). Цей розділ, так як і розділ цивільного права, логічно розпочинає параграф історії розвитку галузі та історії кодифікації законодавства (стор. 247–255). У кінці параграфу автор цілком закономірно доходить висновку, що окремі положення Кримінального кодексу відображають труднощі у своєму тлумаченні та застосуванні і, відповідно, вимагають внесення до нього низки змін та доповнень (стор. 273).

Загалом проведений аналіз рецензованого підручника дає змогу зробити висновок, що він є гідним науковим продуктом авторського колективу. «Вступ до українського права» характеризується лаконічністю і простотою викладу матеріалу, що дасть можливість іноземному читачу збагнути, а може навіть і полюбити українське право в його системі, що розвивається, удосконалюється й набуває все більше рис, притаманних європейським системам права.

J. DOBKOWSKI

Jarosław Dobkowski, Dr. hab., professor, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie (Polska), Dziekan Wydziału Prawa i Administracji profesor, Kierownik Katedry Prawa Administracyjnego i Nauk o Bezpieczeństwie

ORCID: 0000-0002-2010-4152

RECENZJA
MONOGRAFII DR. OŁESI RADYSZEWSKIEJ PT.
PRAWO ADMINISTRACYJNE UKRAINY W WARUNKACH EUROPEIZACJI*

Proces europeizacji prawa administracyjnego Ukrainy –
własny szlak narodowy czy droga, którą podąża Polska?

Jesienią 2020 roku ukazała się drukiem monografia – sędzi Sądu Najwyższego, doktora prawa, docenta Katedry Służby Cywilnej oraz Prawa Medycznego w Instytucie Prawa Narodowego Uniwersytetu im. Tarasa Szewczenki w Kijowie – dr Ołesi Radyszewskiej.

Na wstępie należy stwierdzić, że podjęty temat jest niezwykle aktualny. Dość powiedzieć, iż jest to pierwsza w Ukrainie większa praca naukowa, poświęcona kwestiom europeizacji prawa administracyjnego Ukrainy i do tego w aspekcie porównawczym. Choć w Polsce jest już spora literatura w tym przedmiocie, ale obecnie zagadnienia są opracowywane głównie perspektywy wzmocnienia uczestnictwa w organizacjach europejskich i porozumieniach wspierających oraz implementacji i wykonywania europejskiego prawa administracyjnego. W innym stadium integracji jest natomiast Ukraina. Cały czas jest stroną procedury procesu akcesyjnego. Co by nie powiedzieć stroną aktywną. I ową dynamikę, ale i skalę stara się uchwycić Autorka recenzowanej monografii.

Celem podjętych badań naukowych było przy tym stworzenie holistycznej koncepcji europeizacji prawa administracyjnego Ukrainy z uwzględnieniem doświadczeń krajów europejskich, szczególnie Polski. Rozpatrzono zatem polskie ustawodawstwo, przeprowadzono studia polskiego piśmiennictwa oraz wzięto pod treść dydaktyczne zawarte w sylabusach zajęć z zakresu prawa administracyjnego na polskich uniwersytetach. W bibliografii z ogólnej liczby 1.452 pozycji literatury ponad 300 to opracowanie polskie, przy tym z różnych okresów historycznych, w tym nauki przedwojennej, ale i teorii z czasów państwa socjalistycznego oraz przede wszystkim współczesnego prawa administracyjnego. Kwerenda źródeł została przeprowadzona dokładnie i poglądy najwybitniejszych przedstawicieli polskiej doktryny prawa administracyjnego zostały poddane analizie. Istotne jest też i to, że polskie doświadczenia związane z europeizacją prawa administracyjnego analizowano nie tylko z punktu widzenia obecnego i przeszłego ustawodawstwa polskiego oraz koncepcji teoretycznych i treści wykładowych, ale również przez pryzmat działalności Trybunału Konstytucyjnego, orzecznictwa sądów administracyjnych i praktyki organów administracji publicznej. Nie może to zaskakiwać, bo dr O. Radyszewska dobrze operuje językiem polskim, uczestniczyła w różnych polsko-ukraińskich projektach naukowo-badawczych, eksperckich. Była na stażach naukowych, wizytach studyjnych oraz konferencjach naukowych w Olsztynie, Krakowie i Warszawie.

W monografii dr O. Radyszewska skupia uwagę na badaniu problemów współczesnego prawa administracyjnego Ukrainy, jego podstawowych zasad (przedmiotu, metody, systemu, zasad, źródeł, aksjologii prawa administracyjnego), a także określeniu istotnych różnic w stosunku do okresu sowieckiego oraz kierunków przemian w kontekście europeizacji i globalizacji. Podaje tam oryginalne określenie istoty i uzasadnienia koncepcji „europeizacja prawa administracyjnego Ukrainy”, a także formułuje główne cechy, etapy, mechanizmy i narzędzia stosowane w krajowym stanowieniu prawa, jego interpretacji, obowiązywaniu i wykonywaniu oraz ukazuje jego specyfikę w działaniach na rzecz praw człowieka. Analizując praktykę Sądu Najwyższego, Autorka zarysowuje kierunki rozwoju prawa administracyjnego Ukrainy jako gałęzi prawa publicznego przez ujęcie jej w kontekście europejskich zasad, norm, idei, koncepcji, modeli, praktyk występujących w europejskiej przestrzeni prawnej i administracyjnej.

Pierwsza część monografii poświęcona jest badaniom teoretycznych i metodologicznych zasad europeizacji prawa administracyjnego Ukrainy i państw członkowskich Unii Europejskiej oraz Rady Europy. Sformułowała tam podstawowe pojęcia, zdefiniowała zasadnicze cechy oraz określiła treść kategorii „europeizacja” i „europeizacja prawa administracyjnego”. Czyniąc to przeanalizowała prace autorów ukraińskich oraz zagranicznych, związanych z europeizacją prawa administracyjnego jako nowoczesnym kierunkiem rozwoju prawa krajowego państw europejskich. Ukazała proces przejścia z poziomu europeizacji prawa administracyjnego na płaszczyznę *lex administrativa* i na tym tle podjęła próbę scharakteryzowania powstawania i rozwoju globalnego prawa administracyjnego. Zwróciła także szczególną uwagę na zagadnienia współczesnej metodologii badań komparatystycznych w zakresie europeizacji prawa administracyjnego Ukrainy.

© J. Dobkowski, 2020

* Рецензія на кн.: Радишевська О.Р. Адміністративне право України в умовах європеїзації : монографія. Київ : Вид-во «Талком». 2020. 720 с.

Druga część monografii zawiera odpowiedzi na pytania, związane z aksjologią współczesnego prawa administracyjnego Ukrainy w kontekście europeizacji. Zbadane zostały takie zagadnienia jak klasyfikacja i korelacja pojęć: „wartości”, „wartości prawne”, „wartości europejskie”, „wartości Unii Europejskiej”, „wartości prawa administracyjnego”, a także formy ich ujmowania w prawie administracyjnym. Inspirujące jest studium wspólnych europejskich wartości i wartości zachodniej tradycji prawa, ich rola w unowocześnieniu prawa administracyjnego Ukrainy.

Część trzecia monografii poświęcona jest fenomenologii prawa administracyjnego Ukrainy i krajów kontynentu europejskiego w warunkach przemian transformacyjnych. Badana była sama koncepcja prawa administracyjnego jako podstawowej gałęzi prawa publicznego w krajowym porządku prawnym. Na tym tle ujawniła się dychotomia metody regulacji prawnej prawa administracyjnego i wobec tego Autorka sformułowała nowe spojrzenie na sam system. Zaakcentowała przy tym potrzebę zmiany podejścia do źródeł prawa administracyjnego Ukrainy i konieczność modernizacji systemu zasad tej gałęzi prawa w następstwie procesu europeizacji.

Część czwarta monografii obejmuje zagadnienia związane z badaniem prawa administracyjnego Ukrainy jako dyscypliny akademickiej w kontekście europeizacji wykształcenia prawniczego i funkcjonowania europejskiej przestrzeni edukacyjnej. Na podstawie wyników tych badań zagadnień Autorka postuluje nowatorskie podejście do nauczania przedmiotów z zakresu prawa administracyjnego Ukrainy. Na uwagę zasługuje również opis europejskich tradycji i innowacji w nauczaniu pokrewnych przedmiotów cyklu administracyjno-prawniczego w kontekście europeizacji i globalizacji prawa. Ważnym aspektem badań Autorki w tym zakresie są zagadnienia związane z tłumaczeniem aktów europejskiego prawa administracyjnego poglądów doktryny europejskiej na potrzeby edukacji prawnej.

Część piąta monografii obejmuje swym przedmiotem badania europeizacji jako czynnika rozwoju nauki prawa administracyjnego Ukrainy i funkcjonowania europejskiej przestrzeni badawczej. Uwaga dr O. Radyszewskiej skupia się na problemach historycznych uwarunkowań kształtowania się i rozwoju ukraińskiej nauki administracyjno-prawnej pod wpływem europejskiej tradycji prawa, a także procesów europeizacji i integracji europejskiej. Szczególnie interesujące są postawione przez Autorkę kwestie studiów porównawczych jako instrumentu europeizacji nauki prawa administracyjnego Ukrainy.

W podsumowaniu należy wskazać, że w recenzowanej monografii przedstawiono autorską koncepcję europeizacji prawa administracyjnego Ukrainy jako gałęzi prawa, dyscypliny akademickiej i dziedziny wiedzy naukowej. Zaprezentowane koncepcje, sformułowane wnioski i postulaty mogą posłużyć do doskonalenia ustawodawstwa administracyjnego, wzbogacenia doktryny prawa administracyjnego, skuteczności nauczania prawa administracyjnego, poprawy działalności administracji publicznej oraz podniesienia poziomu orzecznictwa sądów administracyjnych.

Argumentację teoretyczną swoich koncepcji, wniosków i postulatów dr O. Radyszewska powiązała także ze sferą praktyczną. Autorka miała bowiem własne doświadczenia i obserwacje wynikiem z jej pracy zawodowej jako sędzi Sądu Najwyższego, eksperta w różnych projektach europejskich i międzynarodowych, a zwłaszcza doradcy ds. zbliżenia ustawodawstwa krajowego do prawa Unii Europejskiej w Rządowym Biurze Koordynacji Integracji Europejskiej i Euroatlantycznej Sekretariatu Gabinetu Ministrów Ukrainy oraz doradcy w Kancelarii Wicepremiera ds. europejskich and euroatlantycznej integracji Ukrainy. W tym względzie sformułowała pewne oceny i rekomendacje praktyczne. W rezultacie po raz pierwszy, propozycje i zalecenia związane z transformacją prawa administracyjnego Ukrainy pod wpływem czynników zewnętrznych i wewnętrznych mają charakter wielostronny i wzajemnie się przenikają i uzupełniają, tworząc pewną logiczną i spójną całość.

Monografia dr O. Radyszewskiej powinna zainteresować tych wszystkich, którzy interesują się naukowo rozwojem prawa administracyjnego, zarówno w ujęciu krajowym, europejskim a nawet globalnym, na płaszczyźnie legislacyjnej, jak i aplikacyjnej. Naturalnym odbiorcą pozostają praktycy, sędziowie i studenci. Monografia niewątpliwie poszerza horyzonty oraz obrazuje problemy teraźniejszości i przyszłości.

Monografia dostarcza także odpowiedzi na tytułowe pytanie. W procesie europeizacji prawa administracyjnego Ukraina choć bazuje na doświadczeniach polskich to nie idzie dokładną trasą, którą podąża Polska, ale ma wytyczony własny szlak narodowy i nie jest to droga zbyt kręta oraz nie ma już na niej zbyt wielu wzniesień. Europeizacja prawa administracyjnego Ukrainy jest zatem procesem zaawansowanym, od którego nie ma już chyba odwrotu.

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 постсторінкові 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.