Часопис Київського університету права

Український науково-теоретичний часопис

Заснований
у жовтні 2001 року

2019/4

Виходить
4 рази на рік

Київський університет права НАН України
Інститут держави і права ім. 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 Київського університету права НАН України
(протокол № 3 від 23.12.2019)
Вченою радою Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
(протокол № 11 від 19.12.2019)

Передплатний індекс 23994

© Київський університет права НАН України, 2019
© Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2019

Редакційна колегія

Малишева Н.Р. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України (*головний редактор*);
Шемшученко Ю.С. – доктор юридичних наук, професор, академік НАН України, директор Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України;
Бошицький Ю.Л. – кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, ректор Київського університету права НАН України (*заступник головного редактора*);
Ходаківська Т.В. – завідувач відділу Київського університету права НАН України (*редактор*);

Андрійко О.Ф. – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України;
Батанов О.В. – доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. 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 ім. 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 ім. В.М. Корецького НАН України;
Ладиченко В.В. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри Національного університету біоресурсів і природокористування України;
Луць В.В. – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач відділу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України;
Медведєва М.О. – доктор юридичних наук, професор Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка;
Оніщук М.В. – доктор юридичних наук, професор, ректор Національної школи суддів України;
Пархоменко Н.М. – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, вчений секретар Інституту держави і права ім. 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 ім. В.М. Корецького НАН України;
Сімутіна Я.В. – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України;
Тимченко Г.П. – доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. 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 ім. 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).

ЗМІСТ

Шемшученко Ю.С. Кроки творчого поступу 8

Видатні правознавці України

Усенко І.Б., Міхневич Л.В. Володимир Ілліч Бошко: спроба створення наукової біографії вченого 12

Теорія та історія держави і права. Філософія права

Антошкіна В.К. Проблеми реалізації вимог юридичної техніки і їх вплив на процес тлумачення 22
Кубко А.Є. Державні інтереси і відповідальність держави: деякі питання співвідношення 28
Окіпнюк В.Т. Комплектування кадрового складу органів державної безпеки в Україні в період панування тоталітарного режиму (1929–1953 рр.) 35
Осташова В.О., Липій Є.А., Пивовар А.В. Священний союз: передумови, створення та плани на встановлення міжнародного правопорядку 41
Рязанов М.Ю. Правові артефакти та культурний код права 46
Чувакова Г.М. Аномалії нормотворчої діяльності 51
Копитков В.Е. Циклічність як сучасна парадигма осягнення правової реальності 57
Щамбура Д.В. «Живе право» Є. Ерліха та його сучасна інтерпретація 61

Конституційне право. Муніципальне право

Батанов О.В. Економічні права у сфері місцевого самоврядування: муніципально-правові аспекти інституціоналізації та реалізації 68
Рудик П.А. Основні міжнародно-правові та європейські стандарти у сфері правосуддя та їх вплив на забезпечення єдності судової практики 74
Гаєва Н.П. Правові засади участі об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю 81
Суржинський М.І. Роль міжнародного контролю та правозахисного підходу ЄС за забезпеченням прав людини в договірних відносинах з Україною 86
Черняк Є.В. Методологічні принципи конституційно-правового дослідження інституту охорони Конституції як елементу системи сучасного конституційного права України 92
Крушніцька О.В. Розмежування поняття правової допомоги 98
Худик А.М. Об'єктивна зумовленість процесу конституціоналізації публічних фінансів 102

Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право

Андрійко О.Ф., Корнева Т.В. Сучасний стан та основні напрями вдосконалення митного контролю в Україні 107
Гедзюк О.В. Оподаткування доходів самозайнятих осіб – адвокатів та особливості сплати ЄСВ 112
Костенко І.В. Принципи електронного урядування 117
Миколаєць В.А. Зразкові та типові справи в адміністративному судочинстві Литви 121
Радишевська О.Р. Вплив процесу глобалізації на національне адміністративне право: міжнародно-правовий дискурс 126
Селіна М.Б. Спеціальна інформаційна операція: історія становлення 132
Щербань В.Д. Система гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах 137
Яковлєв П.О. Правові засади участі інститутів громадянського суспільства у забезпеченні інформаційної безпеки України 142
Горбань Є.А. Реалізація адміністративно-розпорядчих функцій керівників підприємств як критерій правомірності їх діяльності 146
Носкова М.А. Адміністративно-правові засади ідентифікації ризикових платників податків 150
Рева В.В. Щодо питання генезису права на оскарження рішень, дій або бездіяльності митних органів 155
Романовська О.І. Адміністративно-правова характеристика діяльності органів державної виконавчої служби як суб'єктів публічної адміністрації 160

Проблеми цивільного, господарського, трудового права та права соціального забезпечення в Україні

Сімутіна Я.В. Зловживання правом як неправомірна реалізація норм трудового права 164
Никитченко Н.В., Гордієнко К.Ю. Правова природа договору купівлі-продажу електроенергії за «зеленим» тарифом 169
Дудик І.М. Інноваційність підходу у вирішенні картельних спорів через примирення сторін 174
Гуйван П.Д. Недоторканність даних про особисте життя людини як елемент її права на приватність 179
Гулик А.Г. Примирні процедури як одна з можливих форм оптимізації цивільного судочинства 184
Рябоконь Є.О. Заміна боржника у зобов'язальних правовідносинах 188
Сабодаш Р.Б. Вплив публікацій судових рішень на становлення «переконливого прецеденту» 195
Фурса Є.Є. Подальша реформа виконавчого провадження в Україні: міжнародні стандарти та іноземний елемент 199
Циганчук Н.А. Недотримання міжнародних трудових стандартів при здійсненні кодифікації законодавства про працю 204
Волкова А.О. Сучасна практика забезпечення внутрішньо переміщених осіб соціальним житлом та житловими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання 209
Гичун М.Д. Банкрутство державних підприємств у світлі законодавчих реформ 216
Іванюк Й.І. Венчурні фонди як інститути спільного інвестування за законодавством України та правом Європейського Союзу: загальна характеристика 220
Куцевич А.А. Наукова інтерпретація сутності механізму звільнення державних службовців 227
Менюк Д.О. Історія становлення та розвитку інституту перегляду судових рішень у цивільному процесі України 233

Проблеми права інтелектуальної власності

Ковальова М.В. Захист інтелектуальної власності в умовах інноваційного розвитку держав 239
Петряєв С.Ю., Когут Н.Д. Особливості реалізації окремих авторських прав 242

Зміст

Будка Р.В. Міжнародно-правові аспекти цивільно-правової охорони права інтелектуальної власності в Чеській Республіці та Україні 248
Вішар Ю.Ю. Законодавчий еклектизм у охороні прав на інтелектуальний лікпродукт 254
Кузьмич І.І. Правова екзистенціальність біопатентів – нагальна проблема сучасної інтелектуальної законотворчості 263

Аграрне, земельне та екологічне право

Коломійцева Д.М. Спори щодо визначення судової юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин: генезис формування, ознаки та поняття 272
Марченко С.І., Петрина Х.С. Порівняльний аналіз правового регулювання виноградарства та виноробства в Україні та Молдові 279
Залєвський В.Е. Сфера земельних відносин як складова предмета адміністративно-правового регулювання 283
Шибко Р.Д. Виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування як об'єкт правового регулювання 290

Кримінальне право та кримінологія

Когутич І.І. Навідні запитання у кримінальному провадженні: окремі аспекти концепту 296
Андрушко А.В. Об'єктивна сторона незаконного позбавлення волі або викрадення людини 302
Курилюк Ю.Б. Незаконне перетинання державного кордону України: деякі аспекти криміналізації та складу злочину 315
Перелигіна Р.В., Дмитришак Ю.І. Щодо стратегії боротьби з організованою злочинністю (на прикладі України та Іспанії) 320
Часова Т.О. Особливості доказування економічних злочинів 324
Бурда О.М. Кількісні та якісні показники крадіжок, що вчиняються в мережі роздрібної торгівлі 328
Віблий Є.В. Стадії вчинення злочину в історії кримінального законодавства України 333
Кабаєв В.М. Ознаки службової особи, яка займає особливо відповідальне становище, як спеціального суб'єкта злочину в кримінальному праві України 337
Лубяна К.А. Участь адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження 341
Поляк У.Ю. Заборона допиту нотаріусів як свідків у кримінальному процесі 345
Подгорець С.В. Декриміналізація незаконного збагачення: політика чи верховенство права? 350
Ющик О.І. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки: теорія та практика 354
Юсубов К.В. Соціальна обумовленість кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень 359

Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство

Поліванова О.М. До питання юрисдикції Міжнародного суду ООН у спорі «Україна проти Російської Федерації» 365
Цувіна Т.А. Принцип верховенства права у практиці Європейського суду з прав людини 373
Литвиненко А.А. Реалізація права на забуття в контексті знищення персональних даних осіб щодо їхньої судимості чи підозрі в скоєнні злочинів: практика Європейського суду з прав людини та судів США 379
Федчишин А.А. Генезис законодавства про третейські суди і міжнародний комерційний арбітраж 390

Гість номера

Якуб Стелина. Правовая природа занятости лиц, занимающих высшие государственные должности 398

Студентська трибуна

Баріловська Т.А. Зовнішні функції Президента України в контексті забезпечення безпеки держави 402
Буцан М.С. Функції держави: поняття, класифікації, наукові трактування 406
Пашков К.О. Особливості правового регулювання електронної комерційної діяльності у Європейському Союзі 410
Sofia Smirnova. The pivotal role of the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in protecting citizens' rights 417
Соклакова К.С. Проблемні питання застосування національними судами практики Європейського суду з прав людини як джерела права 422

Рецензії

Ткач Д.І. Рецензія на книгу Сілі Каталін та Калмар Ференца «Пропозиції щодо принципів захисту прав національних меншин в ЄС» 427

Науковà хроніка 429

Редакційні повідомлення 432

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 29.12.2019. Формат 60×84 $^{1}/_{8}$. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 50,2. Обл.-вид. арк. 58,2. Наклад 500 прим.
Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. +38044-278-73-11.

Law Review OF KYIV UNIVERSITY OF LAW

Ukrainian scientific and theoretical periodical

Founded in October, 2001

2019/4

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 Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine Academic Council
(protocol № 3, 2019/12/23)
and by V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the NAS of Ukraine Academic Council
(protocol № 11, 2019/12/19)

Subscription index 23994

© Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine, 2019
© V.M. Koretskyi Institute of State and Law of the NAS of Ukraine, 2019

Editorial team

Nataliya Malysheva, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NALS of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine (*Editor-in-Chief*);
Yuriy Shemshuchenko, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NAS of Ukraine, Director of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Yuriy Boshytskyi, Ph.D. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Rector of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine (*Editor-in-Chief deputy*);
Tetiana Khodakivska, Head of the Department of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine (*editor*);

Olha Andriyko, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Oleksandr Batanov, Dr. hab. in Law, Professor, Leading Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Sergiy Bilotsky, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;
Arif Guliev, Dr. hab. in Law, Professor of the National Aviation University;
Sergey Koroed, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Head of the Department of King Danylo University;
Olexander Kostenko, Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NALS of Ukraine, Merited Figure of Science and Technology of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Pavlo Kulynych, Dr. hab. in Law, Professor, Corresponding Member of the NALS of Ukraine, Leading Researcher, Head of Sector of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Viktor Ladychenko, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of the National University of Life and Environmental Sciences of Ukraine;
Volodymyr Luts', Dr. hab. in Law, Professor, Academician of the NALS of Ukraine, Merited Figure of Science and Technology of Ukraine, Head of the Department of the Academician F.H. Burchak Scientific Research Institute of Private Law and Entrepreneurship of the NALS of Ukraine;
Maryna Medvedieva, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;
Mykola Onishchuk, Dr. hab. in Law, Professor, Rector of the National School of Judges of Ukraine;
Natalia Parkhomenko, Dr. hab. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Scientific Secretary of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Tetiana Podorozhna, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Professor of Lviv University of Trade and Economics;
Vadym Popko, Ph.D. in Law, Associate professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv;
Kostiantyn Savchuk, Ph.D. in Law, Senior Researcher, Senior Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Yana Simutina, Dr. hab. in Law, Senior Researcher, Senior Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Gennady Tymchenko, Dr. hab. in Law, Leading Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Larisa Udovyka, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of Zaporizhzhia National University;
Igor Usenko, Ph.D. in Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine, Head of the Department of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine;
Volodymyr Shatilo, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Kyiv National Linguistic University;
Svitlana Shimon, Dr. hab. in Law, Associate Professor, Head of the Department of Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman;
Olga Shpakovych, Dr. hab. in Law, Professor of the Institute of International Relations of Taras Shevchenko National University of Kyiv.

Editorial team foreign members:

Amir Aliyev, Dr. hab. in Law, Professor, Dean of the Faculty of Law of Baku State University (Azerbaijan);
Rainer Arnold, Dr. hab. in Law, Professor of the University of Regensburg (Germany);
William E. Butler, Dr. hab. in Law, Professor, Foreign Member of the NAS of Ukraine and NALS of Ukraine, Emeritus Professor of University of London, Professor of Pennsylvania State University (USA);
Adam Makharadze, Dr. hab. in Law, Professor, Dean of Law and Social Science Faculty of Batumi Shota Rustaveli State University (Georgia);
Herbert Schambeck, Dr. hab. in Law, Professor (Austria);
Veronika Szikora, Professor, Dean of the Faculty of Law of the University of Debrecen (Hungary);
Andrzej Szmyt, Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of Constitutional Law and Administration of the University of Gdańsk (Poland).

CONTENTS

Yuriy Shemshuchenko. The steps of creative progress 8

Outstanding Ukrainian Lawyers

Igor Usenko, Liudmyla Mikhnevych. Volodymyr Boshko: an attempt to make a scientific biography of a scholar 12

State and law theory and history. Philosophy of law

Valeriya Antoshkina. Problems of implementation of legal technique requirements and their influence on interpretation process 22
Andrii Kubko. The State Interests and the Responsibility of the State: some issues of interrelation 28
Volodymyr Okipniuk. Recruitment of personnel of state security bodies in Ukraine during the domination of the totalitarian regime (1929–1953) 35
Valeriia Ostashova, Yevheniia Lypii, Artem Pyvovar. The Holy Alliance: Prerequisites, Creation and Plans for Establishing International Law 41
Mykhailo Ryazanov. Legal artefacts and the cultural code of law 46
Hanna Chuvakova. Anomalies in rulemaking 51
Vladyslav Kopytkov. Cyclicality as a modern paradigm of comprehending legal reality 57
Denis Shchambura. E. Ehrlikh's "living law" and its current interpretation 61

Constitutional law. Municipal law

Oleksandr Batanov. Economic rights in the sphere of local self-government: municipal legal aspects of institutionalization and implementation 68
Petro Rudyk. Basic international and European standards in the field of justice and their impact on ensuring the consistency of judicial practice 74
Nadezhda Gayeva. Legal principles of participation of public associations in exercising public control 81
Maksym Surzhynskyi. The role of the international control and Rights-based approach to human rights in contractual relations among the EU and Ukraine 86
Ievgeniia Cherniak. Methodological principles of constitutional legal research of the protection of the Constitution institute as an element of the modern constitutional law of Ukraine system 92
Oksana Krushnitska. Differentiation of the concept of legal aid 98
Andriy Khudyk. Objective conditionality of the process of constitutionalization of public finances 102

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

Olha Andriyko, Tetiana Korneva. The current state and main directions of improving customs control in Ukraine 107
Olena Hedziuk. Income taxation of self-employed attorney and peculiarities of single social contribution payment 112
Irina Kostenko. Principles of e-Governance 117
Victoria Mykolayets. Example and typical cases in the administrative judiciary of Lithuania 121
Olesya Radyshevska. The influence of Globalization on National Administrative Law: International Legal discourse 126
Maria Selina. The special information operation: history of formation 132
Viacheslav Shcherban. System guarantees of OSINT in the sphere of anti-corruption activities in law enforcement agencies 137
Pavlo Yakovlev. Legal bases of participation of institutes of civil society are in providing of informative safety of Ukraine 142
Eugene Gorban. The implementation of the administrative and managerial functions of enterprise managers as a criterion for the legality of their activities 146
Maryna Noskova. Administrative and legal principles of identification of risk taxpayers 150
Vladyslav Reva. Concerning the genesis of the right to appeal against decisions, actions or omissions of customs authorities 155
Oksana Romanovska. Administrative and legal characterization of the activity of bodies of the state executive service as subjects of public administration 160

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

Yana Simutina. Abuse of rights as an unlawful implementation of labor law 164
Nataliia Nykytchenko, Katerina Gordienko. Legal nature of the Power Purchase Agreement at the feed-in-tariff 169
Inna Dudyk. Innovative approach in resolving cartel disputes due to conciliation on the parties 174
Petro Guyvan. The inviolability of data on a person's personal life as an element of her right to privacy 179
Andriy Gulik. Conciliatory procedures as one of the possible forms of optimization of civil proceedings 184
Ievgen Riabokon. Substitution of debtor in obligatory legal relationships 188
Roman Sabodash. The publication of judicial decisions as a reason for convincing precedent 195
Yevgen Fursa. Further reform of enforcement proceedings in Ukraine: international standards and a foreign element 199
Nataliya Tsyhanchuk. Non-compliance with international labor standards in the implementation of codification of labor legislation 204
Anastasia Volkova. Current practice of providing internally displaced persons with social housing and accommodation from housing funds for temporary residence 209
Maksym Hychun. Bankruptcy of state-owned enterprises in the light of legislative reforms 216
Yosyf Ivanyuk. Venture Capital Funds as Joint Investment Institutes under the Legislation of Ukraine and Regulations of the European Union: General Characteristics 220
Anna Kutsevych. Scientific interpretation of the essence of the mechanism of dismissal of civil servants 227
Daryna Meniuk. The history of formation and development of court decisions review in the civil procedural law of Ukraine 233

Intellectual property law issues

Maryna Kovalova. Protection of intellectual property rights in the conditions of innovative development of countries 239
Sergii Petriaiev, Natalya Kogut. Peculiarities of Some Author's Rights Realization 242
Ruslan Boudka. International Legal Aspects of Civil Protection of Intellectual Property Rights in the Czech Republic and Ukraine 248

Contents

Iuliia Vishar. On legislative interoperability in civil law protection of intellectual property rights for medicinal products 254
Iryna Kuzmych. Legal existentiality of bio-patents is an urgent problem of modern intellectual law-making 263

Agricultural, land and environmental law

Diana Kolomiitseva. Problems on determining the jurisdiction of claims when appealing against state authorities and local self-government decisions in the land disputes field: genesis, features and notion 272
Svitlana Marchenko, Khrystyna Petryna. Comparative analysis of legal regulation of vinityculture and winemaking in Ukraine and Moldova 279
Vladyslav Zalievskyi. The sphere of land relations as a component of administrative and legal regulation subject 283
Roman Shybko. Production of agricultural raw materials for baby nutrition as an object of legal regulation 290

Criminal law and criminology

Ivan Kogutych. Leading questions in criminal proceedings: some aspects of the concept 296
Andriy Andrushko. Actus reus (material element) of unlawful deprivation of liberty or abduction 302
Yurii Kuryliuk. Illegal crossing of the State Border of Ukraine: some aspects of elements of crime 315
Raisa Perelyhina, Yurii Dmytryshak. On organized crime strategies (example of Ukraine and Spain) 320
Tetiana Chasova. Features of proving economic crimes 324
Oleksandr Burda. Quantitative and qualitative indicators of shoplifting 328
Yevhenii Viblyi. Stages of crime in the history of criminal Law Ukraine 333
Vitalii Kabaiev. Signs of an officer holding a particularly responsible position as a special criminal subject in criminal law of Ukraine 337
Lubiana Kateryna. Participation of the lawyer in forced enforcement of decisions in simplified cases 341
Ulyana Polyak. Prohibition of interrogation of notaries as witnesses in criminal proceedings 345
Serhii Podhorets. Decriminalizing Illegal Enrichment: Politics or Rule of Law? 350
Olena Yushchyk. The exemption from criminal liability in view of admission by bail: theory and practice 354
Kostyantyn Yusubov. Social conditionality of protection of the order of execution of court decisions 359

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

Polivanova Olena. On the Jurisdiction of the International Court of Justice in the Dispute "Ukraine v. The Russian Federation" 365
Tetiana Tsuvina. Principle of the Rule of Law in the Case-law of the European Court of Human Rights 373
Anatoliy Lytvynenko. The application of the right to be forgotten in the context of criminal records expungement: the case law of the European Court of Human Rights and the case law of the us courts 379
Andriy Fedchyshyn. The Genesis of Arbitration Laws and International Commercial Arbitration 390

Issue guest

Jakub Stelina. Legal nature of employment of persons holding senior state positions 398

Students' forum

Taisiia Barilovska. External functions of the President of Ukraine in the context of ensuring the security of the state 402
Marharyta Butsan. Functions of the state: concepts, classifications, scientific interpretations 406
Kirill Pashkov. The electronic commerce legal regulation features within the European Union 410
Sofia Smirnova. The pivotal role of the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in protecting citizens' rights 417
Karina Soklakova. Problems issues on the application of the national courts of the European Court of Human Rights practice as a source of law 422

Reviews

Dmytro Tkach. The review on the book "Possible basic principles for the protection of national minorities in the EU" by Kalmar Ferenc and Dr. Szili Katalin 427

Scientific chronicle 429

Editorial message 432

The editorial office address: 4, Triokhsviatytelska 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.Zhyborovskyi*.
Computer premastering *A.Bondarenko*

Printed media state register certificate KV № 16356-4828 PR, 19.02.2010
Signed for printing 2019/12/29. Format 60×84 $^{1}/_{8}$. Offset printing. Conventional printed sheets 50,2. Published sheets 58,2. Sheet feed 500 copies.
Edition and printing: Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine. 4 Triokhsviatytelska St., 01601, Kyiv-1, phone number +38044-278-73-11.

Ю.С. ШЕМШУЧЕНКО

Юрій Сергійович Шемшученко, *директор Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, академік НАН України*

КРОКИ ТВОРЧОГО ПОСТУПУ

Флагманові української юридичної науки Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України (далі – Інститут) цього року виповнилося 70 років. Ця подія була належним чином відзначена науковою громадськістю. 13 травня 2019 р., тобто у день заснування Інституту, відбулася міжнародна наукова конференція «Юридична наука: сучасний стан і перспективи розвитку». У ній взяли участь як українські правознавці, так і зарубіжні фахівці.

Потім відбулися урочисті збори колективу Інституту і наукової громадськості, присвячені ювілею. Нас вітали президент НАН України Б.Є. Патон, перший віце-президент академії С.І. Пирожков, представники багатьох правоохоронних державних органів і громадських організацій, юридичних наукових і навчальних закладів, у тому числі й КУП НАНУ.

Гостям показали кінофільм про історію й сучасність Інституту. З особливим піднесенням було сприйнято повідомлення про вихід до ювілею підготовленого в Інституті третього тому «Енциклопедії міжнародного права».

Досягнення співробітників Інституту були відзначені державними і відомчими нагородами. Крім того, колектив Інституту було нагороджено грамотою Верховної Ради України.

Зараз в Інституті працює близько 80 докторів і кандидатів наук, 14 академіків і членів-кореспондентів НАН України і Національної академії правових наук України, 10 лауреатів Державної премії України в галузі науки і техніки, 7 заслужених діячів науки і техніки України.

Протягом 70 років співробітниками Інституту було підготовлено і видано майже 750 монографій та інших праць, понад 350 підручників, збірників, словників і довідників, майже 5500 наукових статей з юридичної тематики. Внесено велику кількість науково обґрунтованих пропозицій і рекомендацій з питань удосконалення правової системи України. Особливо багато співробітники Інституту зробили в галузі конституційного будівництва.

Як відомо, ініціатором утворення Сектору держави і права АН УРСР був відомий вчений-міжнародник, академік АН УРСР Володимир Михайлович Корецький. Він же став і першим завідувачем цієї академічної установи.

У червні 1969 р. даний Сектор було реорганізовано в Інститут держави і права АН УРСР. Постанову Президії АН УРСР підписав президент АН УРСР Б.Є. Патон. До 1984 р. директором Інституту був В.М. Корецький, потім його очолював академік Б.М. Бабій, а з 1988 р. Інститутом керує автор цих рядків. З 1980 р. Інститут носить ім'я В.М. Корецького. У травні 2019 р. на будинку, де жив вчений, урочисто відкрито меморіальну дошку.

Особливо вагомим здобутком Інституту є його наукові школи, які сформувалися протягом усього періоду діяльності Інституту. Назвемо тільки окремі з них.

Школа міжнародного права. Провідна роль у її становленні належить В. М. Корецькому. Він був автором численних праць з міжнародного права, брав участь у розробці Загальної декларації з прав людини, був членом і віце-президентом Міжнародного суду ООН. Під його керівництвом вихована ціла плеяда відомих вчених-міжнародників. Це, зокрема, доктори юридичних наук М.К. Михайловський, В.І. Сапожников, Н.М. Ульянова, Г.Ю. Бувайлик, О.Ф. Висоцький, В.І. Євінтов та ін.

У сучасний період відповідна школа розвивається на базі інститутського відділу міжнародного права і порівняльного правознавства, який очолює учень В.М. Корецького доктор юридичних наук В.Н. Денисов. У складі відділу діє сектор порівняльного правознавства, яким керує доктор юридичних наук

© Ю.С. Шемшученко, 2019

* ***Yuriy Shemshuchenko,*** *Academician of the NAS of Ukraine and International Academy of Astronautics, director of V.M. Koretsky Institute of state and law of the NAS of Ukraine*

О.В. Кресін. Увага відділу зосереджена на посиленні ролі міжнародного права в забезпеченні міжнародного правопорядку.

Школа історико-правових досліджень. Її витоки пов'язані з ім'ям другого директора інституту – Бориса Мусійовича Бабія. Саме він у 1987 р. став ініціатором утворення в Інституті відділу історії держави і права. Під його керівництвом була підготовлена двотомна «Історія держави і права Української РСР», яка одержала Державну премію в галузі науки і техніки.

Зараз історико-правова проблематика є предметом наукових досліджень відділу історико-правових досліджень, який очолює професор І.Б. Усенко. Цим питанням, зокрема, присвячені такі останні видання, як: «Права, за якими судиться малоросійський народ», тритомник праць М.П. Василенка, монографії «Правовий звичай як джерело українського права», «Судова влада в Україні: історичні витоки, закономірності історичного розвитку» та ін.

Школа конституційного права. Біля джерел її становлення стояв заступник директора Інституту, доктор юридичних наук Анатолій Павлович Таранов. Він був лідером української школи конституційного права 70–90-х років минулого століття, автором чотирьох монографічних праць з відповідної тематики, активним учасником конституційного процесу в Україні.

Свою «естафетну паличку» А.П. Таранов передав члену-кореспонденту НАН України заступнику директора Інституту Віктору Федоровичу Погорілку. На його долю випав розвиток школи конституційного права після здобуття Україною незалежності. Очоливши відділ конституційного права і місцевого самоврядування, вчений та його співробітники зробили істотний внесок у розвиток теорії конституційного права, сформулювали науково обґрунтовані пропозиції, які були покладені в основу Конституції України 1996 року.

Послідовники В.Ф. Погорілка – доктори юридичних наук О.В. Скрипнюк, О.І. Ющик, О.В. Батанов, В.О. Антонов – взяли активну участь у роботі Конституційної Асамблеї, яка працювала у 2012–2013 рр. під егідою першого Президента України Л.М. Кравчука. Асамблеєю була підготовлена Концепція внесення змін до Конституції України.

Зараз співробітники Інституту є членами чинної Конституційної комісії. З питань конституційного права опубліковано такі важливі фундаментальні праці, як «Теоретичні проблеми розвитку конституційного законодавства України», «Проблеми теорії конституційного права України», «Правове забезпечення державного суверенітету України», «Джерела конституційного права України» та ін. Щойно видано двотомник «Громадянське суспільство в Україні: сучасний стан, виклики, стратегія модернізації» (відповідальний за випуск О.В. Скрипнюк).

Школа державного управління та адміністративного права. Засновник і лідер цієї школи член-кореспондент НАН України Віктор Васильович Цвєтков одним із перших в українській юридичній науці обґрунтував класифікацію управлінських наук, визначив підходи до з'ясування предмета державного управління як самостійної наукової галузі, а також критерії ефективності державного управління. Під керівництвом вченого виросла ціла плеяда відомих правознавців-адміністративістів. Це, зокрема, доктори юридичних наук Є.Б. Кубко, М.В. Оніщук, В.Б. Авер'янов, Р.А. Калюжний, В.Ф. Сіренко, В.М. Селіванов, А.О. Селіванов, О.Ф. Андрійко та ін. Увага вчених Інституту нині зосереджена на розробці ключових інститутів адміністративного права, поглибленні теоретичних і науково-практичних засад реформування державного управління.

Школа теорії держави і права. Зараз вона розвивається на базі відділу теорії держави і права Інституту, який очолює доктор юридичних наук, академік Національної академії правових наук України Н.М. Оніщенко, у складі відділу працюють доктори юридичних наук В.Ф. Сіренко, Є.Б. Кубко, Н.М. Пархоменко та інші висококваліфіковані науковці. Предметом їхніх досліджень є методологічні проблеми розвитку держави і права в Україні. Цим питанням присвячена серія фундаментальних теоретичних монографій останнього періоду: «Вступ до теорії правових систем» (2006 р.), «Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії» (2008 р.), «Дія права: інтегративний аспект» (2010 р.), «Правові системи сучасності» (2012 р.), «Національні тенденції та міжнародний досвід сучасного праворозуміння» (2013 р.), «Принцип рівності в праві: теорія та практика (2014 р.) та ін. На базі відділу видається теоретичний журнал «Альманах права».

З інших сформованих у рамках Інституту наукових шкіл слід відзначити школи цивільного і трудового права (Я.М. Шевченко, Н.М. Хуторян); аграрного і екологічного права (В.І. Семчик, П.Ф. Кулинич); кримінального права і кримінології (О.М. Костенко, О.О. Кваша); правової політології (В.П. Горбатенко та І.О. Кресіна). Інститут нерідко виступає дієвим координатором формування наукових шкіл у загальнодержавному масштабі.

Деякі з інститутських наукових шкіл не мають великої історії, але одержали широке як національне, так і міжнародне визнання. Це, зокрема, стосується школи космічного права, очолюваної доктором юридичних наук Н.Р. Малишевою. Ця школа базується на відділі екологічного і космічного права та академічному Міжнародному центрі космічного права. Центром, зокрема, видано п'ять томів космічного законодавства країн світу, монографія «Безпека космічної діяльності та її правові засади», перший в Україні підручник «Космічне право». Центр представляє Україну в міжнародних космічних організаціях, здійснює юридичний супровід Національної космічної програми України. Кілька науковців Центру обрані членами Міжнародної академії астронавтики.

Енциклопедичні дослідження

Закономірним результатом розвитку наукових шкіл в інституті стала його участь в енциклопедичному процесі. Інститут ініціював і видав у 1998–2004 рр. першу в Україні 6-томну «Юридичну енциклопедію». Вона одержала високу оцінку юридичної громадськості й була удостоєна Державної премії України в галузі науки і техніки.

У 2002–2014 рр. Інститут взяв участь у виданні 8-томної «Міжнародної поліцейської енциклопедії», а в 2019 р. завершив видання 3-томної «Енциклопедії міжнародного права». В Україні це зроблено вперше. Було також підготовлено й видано низку галузевих енциклопедій – «Енциклопедія цивільного права», «Мала енциклопедія права інтелектуальної власності» а також ґрунтовний «Великий енциклопедичний юридичний словник» (2012 р.), який нині широко використовується у практиці.

Зараз Інститут працює над виданням 20-томної «Великої української юридичної енциклопедії» разом з Національної академією правових наук України і Національним юридичним університетом ім. Ярослава Мудрого. Вже побачили світ дев'ять томів цього ґрунтовного юридичного видання.

Юридична енциклопедистка має на сьогодні важливе значення як фактор формування правової культури і правової свідомості населення.

Періодичні видання

За певних фінансових труднощів наш Інститут щорічно збільшує обсяг друкованої продукції. У 2019 р., зокрема, було видано понад 17 монографій з різних галузей юридичної науки. Збільшилася й кількість інститутських періодичних видань. До ювілею побачив світ 30-й номер щорічника «Правова держава». Крім нього, ми видаємо щорічно самостійно чи з іншими науковими і навчальними закладами шість періодичних наукових видань, а саме: «Держава і право», «Правова держава», «Часопис Київського університету права», «Судова апеляція», «Альманах права», українсько-польський політологічний журнал «Studia Politologica Ucraino-Polona».

Юридична освіта, наука і практика

У своїй творчій діяльності Інститут тісно взаємодіє з Верховною Радою України та її комітетами, Кабінетом Міністрів України, Конституційним Судом та іншими судовими органами, Міністерством юстиції, Міністерством освіти і науки, Генеральною прокуратурою України, Київською міською радою, Інститутом законодавства Верховної Ради України, Національною академією правових наук України та іншими науковими і навчальними закладами. Співробітники Інституту є членами наукових і науково-консультативних рад при відповідних державних органах, працюють при створюваних ними комісіях.

Особливо плідною є діяльність інститутської Ради правових експертиз. Щороку Рада готує майже 200 експертних висновків на проєкти законів та інших нормативно-правових актів, державних цільових програм тощо. Це сприяє поліпшенню якості нормативно-правової бази. Наш Інститут тісно взаємодіє з національними і зарубіжними університетами та іншими навчальними закладами. У 1995 р. на його базі була утворена Вища школа права – нині Київський університет права НАН України. Він є зразком позитивної інтеграції юридичної освіти і науки в процесі підготовки юридичних кадрів.

У 2018 р. Інститут держави і права імені В.М. Корецького взяв участь у відзначенні 100-літнього ювілею НАН України. До цієї дати було видано монографію «Національна академія наук України: правові засади організації та діяльності». Чимало зробив Інститут і щодо удосконалення Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність». Інститутом також опрацьовані пропозиції щодо прийняття Закону «Про Національну академію наук України».

Стратегія розвитку

Майбутнє нашого Інституту тісно пов'язане з поліпшенням його організаційних засад. На це, зокрема, спрямована схвалена вченою радою у 2018 р. Стратегія розвитку інституту на найближчу перспективу. Вона передбачає системний і збалансований розвиток Інституту з метою підвищення ефективності його діяльності. Йдеться, зокрема, про розвиток пріоритетних напрямів правової науки, зміцнення зв'язків з органами державної влади і органами місцевого самоврядування, поліпшення координації правових досліджень, розвиток міжнародного наукового співробітництва тощо. Ключове значення при цьому надається підготовці наукових кадрів. Зараз в аспірантурі Інституту навчається понад 100 осіб. Тут діє три спеціалізовані вчені ради із захисту докторських і кандидатських дисертацій. Щороку в цих радах захищається 50–60 відповідних дисертацій.

Діяльність Інституту, звичайно, не позбавлена й певних недоліків. Але в цілому колектив Інституту налаштований на конструктив, підвищення ефективності юридичної науки, посилення її прогностичної функції у вирішенні практичних проблем, пов'язаних із забезпеченням недоторканності й державного суверенітету України, розвитком правової держави і громадянського суспільства в Україні.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.01
УДК 340+001; 340.12

І. Б. УСЕНКО, Л. В. МІХНЕВИЧ

Ігор Борисович Усенко, *кандидат юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України*[*]

ORCID: 0000-0002-6832-2933

Людмила Володимирівна Міхневич, *кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»*[**]

ORCID: 0000-0002-4774-079X

ВОЛОДИМИР ІЛЛІЧ БОШКО: СПРОБА СТВОРЕННЯ НАУКОВОЇ БІОГРАФІЇ ВЧЕНОГО

70-річний ювілей заснування Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, який відзначався в травні 2019 р., актуалізував наукові пошуки щодо з'ясування обставин, які передували створенню цього провідного на сьогодні наукового юридичного закладу нашої держави. Одним із несподіваних відкриттів, які стали наслідком цих досліджень, було встановлення того факту, що першим офіційно ідею створення інституту висунув тодішній декан юридичного факультету Київського державного університету імені Т. Г. Шевченка професор Володимир Ілліч Бошко.

Вчений був помітною постаттю в юридичному житті України першої половини минулого століття, але сьогодні, коли численні учні професора здебільшого вже пішли з життя, його ім'я виявилося майже забутим. У науковому обігу залишилося хіба що дві основні книги вченого. Утім, його наукова спадщина налічує близько 100 наукових праць та кількасот (в одному із джерел зазначено «до 500 статей», але ця цифра, як видається, не ґрунтується на конкретних підрахунках) публікацій різного характеру в періодичних виданнях. У його активі є дослідження загальнотеоретичних правових проблем, історії політичних і правових учень, державного, цивільного, сімейного та земельного права. Значний інтерес викликає також дореволюційна громадська публіцистика молодого В. І. Бошка, яка, наскільки нам відомо, ще ніколи не була предметом навіть поверхового наукового вивчення.

У дослідників різних років періодично з'являвся інтерес до його творчості, здебільшого на рівні критичного аналізу окремих праць. Нині опубліковано й низку енциклопедичних статей про вченого. Проте у відомих нам публікаціях про Володимира Ілліча міститься ще чимало суперечливої, а іноді й неточної інформації, що залишає простір для подальших пошуків достовірних джерел задля заповнення існуючих лакун.

Першу статтю, спеціально присвячену В. І. Бошку, опублікували в республіканському міжвідомчому збірнику «Проблеми правознавства» колеги з юридичного факультету через 20 років після смерті вченого. Автори, окрім короткої біографічної довідки, вперше здійснили загальний аналіз його наукового доробку[1]. Ця ж стаття з нагоди 100-річчя від дня народження вченого була повторена з деякими незначними скороченнями 1987 р. у виданні «Вісник Київського університету»[2].

Сучасна коротка наукова біографія правознавця вперше опублікована в «Юридичній енциклопедії»[3]. Трохи згодом оновлену версію цієї статті подала «Енциклопедія сучасної України»[4]. Матеріали автора були використані й у книгах про юридичний факультет Київського інституту народного господарства, де тривалий час працював В. І. Бошко[5]. Окрема стаття про вченого вміщена у фундаментальному виданні «Антологія

© І. Б. Усенко, Л. В. Міхневич, 2019

[*] ***Igor Usenko,*** *Ph.D. in Law, Professor, Head of Department V.M. Koretsky Institute of state and law of the NAS of Ukraine*

[**] ***Liudmyla Mikhnevych,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Head of the Department in Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman*

української юридичної думки», у томі, присвяченому досягненням радянської юридичної науки[6]. Зауважимо, що ці публікації мали енциклопедично-довідковий характер, тож зрозуміло, що вони не давали можливості для розлогого викладу всіх аспектів життєвого і творчого шляху вченого.

Досліджувалися також сходознавчі здобутки В. І. Бошка[7]. Приділено певну увагу науково-педагогічній діяльності правознавця в Київському інституті народного господарства та науковій спадщині вченого в галузі державного права[8]. Його праці у сфері земельно-правової науки вивчала І. М. Єрмоленко[9]. Наукова спадщина В. І. Бошка (майже виключно в галузі історії політичних і правових вчень) стала предметом докладного, хоча й дещо тенденційного аналізу в одному із сучасних московських довідкових видань[10].

Спробу розглянути творчий шлях В. І. Бошка як вихованця Київської духовної академії здійснила Я. І. Юринець[11]. Окремі згадки про вченого містяться також у розвідках (як опублікованих, так і в електронному вигляді), присвячених історії установ та навчальних закладів, де свого часу працював В. І. Бошко, – НАН України, Київського університету, Київського інституту народного господарства, Київського юридичного інституту, Київського інституту народної освіти, Київського матеріально-господарчого технікуму залізничного транспорту.

Узагальнюючи попередній доробок, на основі власних архівних пошуків та опублікованих джерел, автори цієї статті мають метою виявити нові свідчення та, якщо це можливо, усунути наявні суперечності у відомостях про життя, наукову, викладацьку та громадську діяльність В. І. Бошка, здійснити аналіз та систематизацію його поглядів, увести до наукового обігу маловідомі наукові праці правознавця, що дасть змогу відтворити якомога більш повну інформаційну картину життєвого і творчого шляху вченого.

Отже, що ми знаємо про героя нашої публікації. Зауважимо, що за браком місця у журнальній публікації ми не маємо можливості подавати архівну адресу кожного згаданого біографічного документа, обмежуючись вказівкою, що всі вони містяться в особових справах В. І. Бошка у фондах Київського університету св. Володимира (ДА м. Києва. Ф. 16. Оп. 464. Спр. 1121) та Київського інституту народного господарства (ДА м. Києва. Ф. 871. Оп. 2. Спр. 33; Оп. 27. Спр. 18).

Володимир Ілліч Бошко народився в селянській сім'ї. Інформація ж про дату і місце народження вченого донині залишається суперечливою, оскільки сам правознавець в анкетах різних років давав різні дані. У більшості документів вчений зазначає датою свого народження 25 березня 1885 року. Втім, у метричному свідоцтві датою його народження є 26 березня, а датою хрещення – 7 квітня 1885 року. Дата народження 26 березня 1885 р. записана й у дипломі Київської Духовної академії № 997. Чому віддати перевагу: власному неодноразовому свідченню чи документам? – це доволі типове питання для біографічних досліджень. Наш досвід переконує, що в дореволюційних метричних записах, які здійснювалися зі слів батьків, нерідко є неточності, тому систематичні і послідовні власні свідчення заслуговують на більшу довіру, якщо принаймні не має підстав стверджувати про свідому фальсифікацію особою деяких фактів своєї біографії.

Доволі суперечливою є інформація й про місце народження вченого. Віднайдені анкети та листки особового обліку не дали нам однозначної відповіді. Сам правознавець місцем свого народження називав іноді с. Ісерлію, іноді с. Іванівку, іноді с. Ташлик (усі в Аккерманському повіті Бессарабської губернії, проте залежно від адміністративно-територіальних змін назви повіту і губернії в анкетах різних років теж змінювалися). Тож спробуємо розібратися. У свідоцтві, виданому Кишинівською консисторією, відзначається, що відповідно до запису в метричній книзі Михайлівської церкви села Ташлик його батьками є поселяни села Ісерлія Аккерманського повіту Бессарабської губернії Ілля Лук'янович Бошко та його дружина Катерина Лазарівна. Отже, найвірогідніше народився В. І. Бошко у селі Ісерлія Аккерманського повіту Бессарабської губернії. Село Ташлик тоді було волосним центром, ймовірно, саме тому у метричній книзі Михайлівської церкви цього села здійснили запис про народження хлопчика. Вказівка на місце народження в с. Іванівка в опублікованих джерелах могла з'явитися тому, що в деяких документах ученого (зокрема в атестаті Кишинівської духовної семінарії) місцем народження названа Іванівка-Болгарська – волость Аккерманського повіту, до якої входило село Ісерлія.

Певні неточності існують й у сучасній інтерпретації місця народження вченого. Так, Я. І. Юринець хибно, на нашу думку, вказує, що село Ісерлія – нині це село Бессарабського району Молдови. Насправді ж це село Вільне Тарутинського району Одеської області, яке до 1940 р. мало назву Ісерлія. Відповідно до Енциклопедичного словника Брокгауза і Ефрона (Т. 13. С. 364) село Ісерлія – це болгарська колонія Бессарабської губернії, Аккерманського повіту, при річці Киргиж-Китай, заснована 1834 року. Село ж Ісерлія в Молдові, яке згадує Я. І. Юринець, розташоване на річці Скіноса. Водночас Іванівка – це сучасне село Нова Іванівка, а Ташлик – сучасне село Кам'янське Арцизького (сусіднього з Тарутинським) району Одеської області.

Майже нічого невідомо про батьків вченого. Як зазначав сам Володимир Ілліч в анкеті, яку він заповнив 10 червня 1944 р., до жовтневої революції його батьки займалися землеробством, а після революції померли. Проте в архівно-слідчій справі його брата Олександра Ілліча (джерело, якому не завжди можна довіряти) зазначено соціальне походження «з великих землевласників» і національність – болгарин.

Втім, достеменно відомо, що початкову освіту вчений здобув у Ізмаїльському духовному училищі, де навчався упродовж 1895–1900 рр. (він значиться у списках випускників за 1900 р.)[12]. У серпні 1900 р. вступив до Кишинівської духовної семінарії. На мирському сільському сході 17 січня 1901 р. його батько клопотався і дістав згоду про виключення Володимира із складу поселян села Ісерлія для навчання в середніх та вищих навчальних закладах. Навчався юний В. І. Бошко доволі успішно. Окрім богословських наук, він

вивчав мови, зокрема грецьку, латину, французьку, німецьку та єврейську. За відмінної поведінки з 22 предметів він мав оцінки «відмінно» і ще чотири предмети склав з оцінкою «дуже добре». Семінарію він закінчив 1 червня 1906 р. «по першому розряду» у званні дійсного студента.

Надалі впродовж 1906–1910 рр. В. І. Бошко навчався в Київській духовній академії (далі – КДА), де, окрім обов'язкових богословських предметів, опановував загальну і російську історію, латину та німецьку й англійську мови. Маємо підкреслити, що, як доведено сучасними дослідженнями, академічні курси, які викладалися в КДА, мали комплексний характер і охоплювали питання різних галузей знань. Поруч із загальноосвітньою, філософською, історичною та богословською складовими вони містили й суто юридичну компоненту. До питань держави і права в Академії зверталися в курсах церковного і канонічного права, а також під час викладання морального богослов'я та історії філософії. В останніх (формально ніби не юридичних) курсах зазвичай містився окремий розділ, присвячений державі та праву, або під час розгляду доробку того чи іншого мислителя, окрім загальнофілософських питань, професором зверталася увага й на державно-правові погляди досліджуваної постаті[13]. Зокрема, у роки навчання В. І. Бошка в академії викладали такі непересічні особистості, як В. І. Екземплярський (моральне богослов'я) та Ф. І. Міщенко (церковне право). Тож КДА цілком природно могла пробудити інтерес майбутнього правознавця до проблем історії політичних і правових вчень, озброїти його знанням першоджерел і методологією їх наукової критики (первісно, звісно з суто релігійних позицій).

Від 1908 р. осередком виявлення нових підходів для ліберальних професорів КДА стало Київське релігійно-філософське товариство (далі – КРФТ). В. І. Бошко (тоді ще студент), схоже, не був офіційним членом товариства, але брав участь у його засіданнях. Зокрема, збереглися відомості про його виступ 30 жовтня 1908 р. в обговоренні доповіді П. П. Кудрявцева «Про заходи до релігійного відродження Росії». Студент-богослов підкреслював необхідність соціального служіння Церкви, слабкість якого, на його думку, сприяє зміцненню сектантства, що зосереджує свою діяльність саме на соціально-економічних питаннях. Релігійно-філософські товариства тому мають висловлювати ставлення до соціальних проблем сучасності, які вимагають релігійного осмислення, а не обмежуватися лише академічним обговоренням релігії. Зауважимо, що сам факт участі в цій дискусії, іншими учасниками якої, були, зокрема, такі відомі філософи, як М. О. Бердяєв, В. З. Завітневич, В. В. Зеньковський і П. В. Тихомиров, слід розцінювати як дуже почесний для В. І. Бошка[14].

Варто звернути увагу на ще одну обставину, яка досі проходила повз увагу всіх дослідників творчості вченого. Щонайменше у 1910–1912 рр. (можливо, з часом ці хронологічні рамки будуть уточнені) В. І. Бошко регулярно під псевдонімом «Володін» виступав з дописами, зокрема і з такими, що стосувалися діяльності КРФТ, в газеті «Киевская мысль». Один із таких дописів – «К вышнему граду» (1910. № 310) привернув увагу Г. В. Плеханова, який категорично не сприйняв релігійно-містичне тлумачення в цій статті поглядів Л. М. Толстого з певною ідеалізацією особистості письменника і дав їм гнівну відсіч у фейлетоні «Заметки публициста. Отсюда и досюда», вперше оприлюдненому в більшовицькій легальній газеті «Звезда» (1910, № 1). До речі, гаряче підтримав цю критичну публікацію «першого російського марксиста» і В. І. Ленін, про що написав у листі до О. М. Горького від 3 січня 1913 р. (Повн. зібр. тв. Т. 48. С. 11–12). Ось такий резонанс несподівано мав юнацький допис молодого богослова.

Під псевдонімом «Володін» побачили світ ще кілька дописів, зокрема коментарі, присвячені репресіям проти одного з його академічних вчителів, відомого релігійного філософа і активіста КРФТ професора В. І. Екземплярського, усунутого 1912 р. від викладання і громадської діяльності за «неприпустиме вільнодумство», насамперед в публічній оцінці поглядів Л. М. Толстого[15]. Вивчення цих публікацій у контексті всієї подальшої наукової діяльності В. І. Бошка, до речі, як видається, дає підстави для висновку про помітний вплив В. І. Екземплярського на становлення вченого як творчої особистості.

По закінченню КДА В. І. Бошко був удостоєний звання кандидата богослов'я (диплом № 997 від 28 червня 1910 р.). Його випускний твір «Письменные памятники религиозного творчества (видения, знамения, сказания) в эпоху великой Московской смуты» засвідчив вміння працювати з першоджерелами та дістав позитивні відгуки офіційних рецензентів (нині зберігається в Інституті рукопису НБУВ. Ф. 304. Спр. 2081). Зауважимо, що у семінарії, і в академії В. І. Бошко був на казенному утриманні, за яке він мав відпрацювати у духовно-виховному відомстві шість років, або повернути кошти, що становили 840 руб. за навчання в Академії і ще 180 руб. – в семінарії. Однак В. І. Бошко клопотав про відстрочку служби по духовному відомству і про дозвіл вступити до університету. І вже 23 липня 1910 р. він дістав дозвіл міністра народної освіти вступити на історико-філологічний факультет Університету св. Володимира, до того ж без додаткових іспитів, встановлених для семінаристів. Тож восени 1910 р. він став студентом історико-філологічного факультету, але того ж року в листопаді перевівся на юридичний факультет.

В університетські студентські роки В. І. Бошко особливо зацікавився питаннями цивільного права, став членом студентського цивілістичного гуртка, яким керував професор В. І. Синайський. Молодий правознавець брав активну участь у дискусіях на засіданнях гуртка, а також готував власні доповіді. Згодом у 1916 р., вже коли Володимир Ілліч випустився з університету, у другому випуску збірнику праць гуртка вийшла друком його доповідь «Правоспособность и дееспособность». Зауважимо, що ця публікація молодого дослідника в рецензії на збірник була охарактеризована як «доволі серйозна і ґрунтовна праця, хоча і викладена на декількох сторінках». Принагідно позитивну оцінку в рецензії дістали й деякі інші праці В. І. Бошка. Рецензент – знаний цивіліст, згодом голова Малого Раднаркому Росії, а тоді приват-доцент Петербурзького універ-

ситету О.Г. Гойхбарг зауважив, що «судячи з того, що вже з'явилося з-під пера В. І. Бошка (принаймні у сфері догматичного вивчення питань цивільного права) можна зробити висновок, що маємо справу із людиною, що подає великі надії і цінним працівником на цивілістичній ниві»[16].

Високу оцінку здобула і його випускна студентська робота «Ограничение гражданской правоспособности в действующем русском праве», яка дістала золоту медаль і право на публікацію в «Университетских известиях» (1914. № 7/9), а сам В. І. Бошко – пропозицію залишитися в університеті професорським стипендіатом. Тож логічно, що він продовжив наукову діяльність, а його наставником став професор В. І. Синайський. Щоправда, офіційно професорським стипендіатом кафедри цивільного права та судочинства юридичного факультету Київського університету В. І. Бошко зарахований лише 11 жовтня 1918 року.

Восени 1914 р. випускник університету розпочав адвокатську практику. 31 жовтня цього року В. І. Бошко став помічником присяжного повіреного Київської судової палати. Вже у 1918 р. він значиться як присяжний повірений. Водночас В. І. Бошко працює ревізором комерційної служби Південно-Західної залізниці (1914–1916 рр.), а від 1916 р. – обіймає посаду завідувача канцелярії Управи матеріальної служби Південно-Західної залізниці[17]. Співпрацює він і з відомчим виданням «Вестник Юго-Западных железных дорог», в якому побачили світ кілька праць вченого, зокрема «К вопросу об устройстве домов и поселков для железнодорожных служащих и рабочих» (розвідка також була надрукована окремою відбиткою, яка тричі перевидавалася в 1916–1917 рр.).

В суто юридичних виданнях ним також були розміщені кілька статей: «Мотивы ограничения гражданской правоспособности лиц иудейского происхождения» (Право. 1916. № 28), «Лица польского происхождения» (Вестник права. 1916. № 3, 4), «Вотчинные привилегии прибалтийского дворянства» (Вестник права. 1916. № 30), «Закон о запрещении земельных сделок» (Хозяйство. 1917. № 43, 44, 45, 46), а в третьому збірнику праць цивілістичного гуртка (1917 р.) вміщує велику розвідку «К аграрному вопросу в России. Гражданская правоспособность крестьян в области землевладения». Певною даниною богословському минулому вченого стала публікація брошури про питання відокремлення церкви від держави (1917 р.).

Від осені 1917 р. він викладав теорію права у Київському юридичному інституті (далі – КЮІ), засновниками і керівниками якого були університетські професори В. І. Синайський та М. І. Мітіліно. Окрім власне занять зі студентами, В. І. Бошко долучається до читання платних публічних лекції, які організовує інститут для осіб, заінтересованих у продовженні свого навчання. Тексти цих лекцій друкувалися і розповсюджувалися серед широкого загалу. Так, у 1918 р. було організовано літній курс лекцій, які, зокрема, читав і В. І. Бошко за темою «Соціалізм і приватна власність»[18]. Як викладач КЮІ В. І. Бошко активно вивчає питання селянського права. Тематика його кількох робіт 1917 р. відповідає цілям аграрного семінару КЮІ: «К аграрному вопросу в России. Гражданская правоспособность крестьян в области землевладения», «Гражданская земельная свобода крестьян», «Свобода крестьян в распоряжении землей», «О том, сколько может и как должен получать крестьянин землю». Він також підготував таблиці з селянського права, які стали додатком до видання за редакцією В. І. Синайського «Практическое пособие для усвоения гражданского права по таблицам» (Київ, 1919 р.).

Чотири статті «Новый земельный закон на Украине», «О социализации земли и праве собственности», «Индивидуализм и социализм в праве» та «Профессиональная организация» він опублікував 1918 р. в журналі «Право и жизнь» – органі однойменного товариства, очолюваного В. І. Синайським.

У ці буремні роки В. І. Бошко вів активну громадську діяльність, яка значною мірою була пов'язана з його дореволюційною працею в управлінні Південно-Західної залізниці. Так, у 1918–1923 рр. він був членом Головного комітету профспілок робітників і службовців Південно-Західної залізниці, а у квітні 1920 р. – листопаді 1921 р. представляв профспілку залізничників у Раді робітничих, селянських і солдатських депутатів м. Києва.

Навесні 1920 р. юридичний факультет Київського університету св. Володимира був закритий радянською владою, і професорський стипендіат В. І. Бошко разом зі своїм науковим керівником перевівся до Київського інституту народного господарства (далі – КІНГ), в якому в листопаді 1920 р. відкрилося соціально-правове відділення у складі соціально-економічного факультету, перетворене на однойменний факультет у червні наступного року (у лютому 1923 р. перейменований на юридичний факультет). Тут у 1921 р. він склав магістерські іспити з римського права (3 лютого), цивільного права і процесу (17 травня) та торгового права (7 червня). За власним свідченням у деяких анкетах, він «магіструвався» у вченій раді соціально-правового та економічного факультетів КІНГ. У згаданій першій біографічній публікації 1969 р. колеги вченого на цій підставі зробили висновок, що він здобув ступінь магістра і звання доцента по кафедрі цивільного права і процесу. Це твердження згодом некритично відтворили у всіх подальших біографічних публікаціях про вченого (автори цих рядків – не виняток). Проте з тих же анкет відомо, що під керівництвом професора В.І. Синайського ним було підготовлено дисертацію «Аліментарна правоздатність», але «за відсутності формальних можливостей» (тобто у зв'язку зі скасуванням старої атестаційної системи) її захист не відбувся. Як видається, без захисту дисертації після складання відповідних іспитів В. І. Бошко міг стати не магістром, а лише «магістрантом» (саме такий термін, до речі, вжитий в анкеті вченого, заповненій 1945 р.). Згідно з дорадянським законодавством магістрант після прочитання і схвалення факультетом двох пробних лекцій набував право на звання приват-доцента (цей статус позаштатного викладача не слід плутати зі штатним доцентом).

Службова кар'єра молодого правознавця в КІНГ надалі розвивалася доволі стрімко. Він навіть кілька місяців (від кінця червня до серпня 1921 р.) був першим деканом самостійного соціально-правового (юри-

дичного) факультету. А від 1923 р. В. І. Бошко в опублікованих працях іменує себе (сподіваємося, що небезпідставно) професором (ймовірно, йдеться про відповідну посаду, а не вчене звання). Професорський титул йому було надано (чи підтверджено) рішенням Комітету зі справ вищої школи від 17 червня 1925 р.), а із запровадженням нової атестаційної системи рішенням Вищої атестаційної комісії Всесоюзного комітету у справах вищої школи РНК СРСР від 17 червня 1939 р. (§ 9) йому було присвоєно вчене звання професора по кафедрі цивільного права.

У КІНГ В. І. Бошко викладав загальну теорію права і держави (1920–1923 рр.), торгово-промислове право (1920–1925 рр.), транспортне право (1920–1927 рр.), еволюцію правової думки (1923–1924 рр.), історію руського права (1923 р.), радянське сімейне право (1927 р.). Також він кілька років читав курс «Історія правових інститутів». Утім, несподівано для нього восени 1925 р. цей курс передали переведеному з Харкова викладачу Р. М. Бабуну. Зрештою, після кількох офіційних звернень В. І. Бошка про відновлення його прав за рішенням профспілки працівників освіти від 5 січня 1926 р йому повернули згаданий лекційний курс.

У 1927 р. ним був організований гурток філософії права (з 1929 р. – філософсько-правовий). У його засіданнях студенти (постійних членів – 15 осіб) обговорювали наукові доповіді з історії юридичної думки. Про одне таке засідання сповістили в пресі[19]. А вже у 1927–1928 рр. він разом з Є. І. Кельманом і М. О. Чельцовим-Бебутовим став співкерівником гуртка судової промови.

Зауважимо, що В. І. Бошко, як і багато тодішніх правознавців, активно працював за сумісництвом. Зокрема, у 1921–1924 рр. він читав лекції з курсів «Історія соціально-економічного права» та «Конституція СРСР у зв'язку із загальним вченням про право і державу» в Київському інституті народної освіти.

Що ж стосується наукової творчості вченого, то у перші післяреволюційні роки він приділяв увагу передусім соціально-правовим питанням. Кілька його оригінальних праць, виданих 1921 р., розкривають зміст та юридичну природу окремих прав людини: «Право на существование», «Право на труд и полный продукт труда», «Природа профессиональной организации». Розглядаючи право на існування, він схилявся до думки, що його конструкція має включати поняття «гідного», а не лише «необхідного» існування. Тобто це суб'єктивно-публічне право, де кожний член суспільства може вимагати гідних умов існування, а держава зобов'язана надати ці умови. І тут важливим є зв'язаність права на гідне існування і обов'язку держави його забезпечити, адже без цього неможливо розглядати право на існування як таке. Держава має діяти не за принципами «милості і милостині», а за принципами права, які визначаються не станом державних фінансів, а потребами людини. Саме тому змістом права на існування є вимога, щоб кожна людина мала не лише засоби для існування (їжу, одяг, житло) і умови для фізичного відпочинку, а й можливості на гідне дозвілля для свого духовного удосконалення. І хоча В. І. Бошко вважав, що повного впровадження права на гідне людське життя неможливо досягти, все ж він пропонував включати його в декларацію невід'ємних та невідчужуваних прав людини і всіляко забезпечувати його реалізацію[20].

Втім, найвагомішим творчим здобутком вченого у першій половині 20-х років стали його дослідження з історії політичних і правових учень. Так, 1924 р. в інститутських наукових записках він опублікував статтю «Античное учение о праве и государстве», що стала частиною ґрунтовної праці «Очерки развития правовой мысли (от Хаммураби до Ленина)» (Харків, 1925 р.). Його «Очерки…» були одним із перших радянських досліджень правової думки та за відсутності навчальної й монографічної літератури відповідної тематики тривалий час (до 1955 р.) залишалися єдиним радянським підручником з історії світової правової думки. Характеристика цієї праці заслуговує на окреме дослідження. Зауважимо лише, що вона була виконана в річищі розуміння відповідного навчального курсу як історії філософії права, з наявністю окремих розділів про методи вивчення філософії права та історичну роль філософії права, з розрізненням політичної ідеології та правової ідеології, загальнофілософських та державно-правових поглядів, приватноправових та публічноправових вчень. Значне місце після аналізу класичної філософської і правової спадщини відводилося аналізу державно-правових поглядів основоположників марксизму і мало не вперше у радянській літературі поглядів В. І. Леніна. Згодом в окремій статті вчений проаналізував державно-правові погляди Л. М. Толстого (Вестник советской юстиции. 1928. № 23).

У другій половині 20-х років учений повернувся до проблем сімейного права, насамперед у контексті своїх попередніх досліджень аліментного права. У республіканських часописах «Вестник советской юстиции», «Червоне право» ним були опубліковані десятки спеціальних праць, присвячених питанням правового становища подружжя та позашлюбних дітей, аліментного права та фактичного шлюбу. Кілька робіт учений присвятив проблемам сімейного права за кордоном. Ці дослідження були узагальнені у книгах «Родинно-подружнє право» (Харків, 1929 р.) та «Родинне право» (Харків, 1930 р.). Він був автором коментаря до Кодексу законів про сім'ю, опіку, шлюб і акти громадянського стану УСРР (1929 р.).

У радянський час вчений періодично звертався й до питань аграрного права, зокрема ним була підготовлена рецензія на коментар Земельного кодексу М. М. Гершонова та Є. І. Кельмана (Вісник радянської юстиції. 1928. № 9). Виявив він також інтерес до проблем патентного права, зокрема здійснив спробу з'ясувати наявність рівнозначності питань про корисність і новизну винаходів (Вісник радянської юстиції. 1929. № 18). У контексті різнобічних наукових інтересів ученого виглядає цілком логічним, що він став одним із співавторів колективного підручника «Законознавство» (Харків, 1929 р.).

Авторитетний вчений був активним учасником Київської філії Всеукраїнської наукової асоціації сходознавства (далі – ВУНАС), очолював у ній Комісію з вивчення державного устрою і права східних країн. Відповідні його наукові пошуки, зокрема, знайшли відображення у двох версіях статті «Новая Турецкая Консти-

туция» (Вестник советской юстиции. 1925. № 5; Востоковедение [Сб. тр. высш. семинара востоковедения под рук. проф. Б. Г. Курца]. (Київ, 1925 р.)).

Цікавим є питання про належність вченого до Всеукраїнської академії наук. За статусом і науковою кваліфікацією він цілком міг би бути постійним співробітником секції цивільного права академічної Комісії для виучування радянського права. У ВУАН у 1929–1930 рр. він зробив кілька доповідей, одна з яких знайшла відображення у фаховому виданні (Червоне право. 1929. № 2). Опублікував він також рецензію на праці Комісії ВУАН для виучування західноруського та українського права (Червоне право. 1927. № 3). Проте жодної документальної згадки про вступ правознавця до якоїсь академічної установи відшукати не вдалося. Тому коректніше, мабуть, вважати професора в ці роки не співробітником, а членом наукового активу ВУАН.

Паралельно не менш успішно складається й інша (не правнича, а, так би мовити, залізнично-освітянська) діяльність вченого. Так, у 1920–1923 рр. він обіймав посади декана факультету експлуатації залізничних доріг КІНГ. Приблизно у ці ж роки він плідно співпрацює з Київською залізничною гімназією, перетвореною 1920 р. за його ініціативою в Київський матеріально-господарчий технікум залізничного транспорту та будівництва (від 1930 р. – Київський технікум залізничного господарства; нині – Київський коледж транспортної інфраструктури). В. І. Бошко був директором технікуму понад 10 років (1 грудня 1920 р. – 1 вересня 1931 р.), а також викладав у ньому курси «Торгово-промислове і транспортне право», «Комерційна експлуатація залізничних шляхів», «Професійний рух» та ін. Серед його учнів у технікумі був, зокрема, відомий радянський письменник-дисидент В.П. Некрасов, який навіть товаришував з донькою правознавця[21]. Після закриття КІНГ (1 жовтня 1930 р.) професор працював у ще одному транспортному навчальному закладі – Київському інституті інженерів шляхів сполучення (нині – Державний економіко-технологічний університет транспорту), де обіймав посади декана економічного факультету і завідувача кафедри економіки транспорту (з 1 жовтня 1930 р. до 1 грудня 1931 р.).

Дж ж□ 30 Tn%oF.6Y6.o

суверенітет. Показовою є висловлена ним думка, що не формальна можливість держави встановлювати правові норми, а повна економічна та політична самостійність і незалежність від будь-якої влади як всередині, так і за межами держави є ознаками суверенітету[24].

Професор пішов у вічність 10 серпня 1949 року. Похований, ймовірно, на Байковому кладовищі в Києві.

На завершення кілька відомостей родинного і побутового характеру.

Дружина вченого Ольга (1888 р. н.) була донькою відставного генерал-майора, який відзначився у російсько-турецькій війні, Володимира Михайловича Мессарош. Одружився він з нею 7 листопада 1910 р. у в Києво-Преображенській церкві. За рік до того наречена втратила обох батьків. Цікаво, що відповідно до тогочасних норм дозвіл вступити в шлюб студент В. І. Бошко просив у ректора університету. Володимир Ілліч та Ольга Володимирівна виховали двох дітей: доньку Ірину (1911 р. н.) та сина Юрія (1920 р. н.). Про своїх батьків та інших рідних професор в анкетах практично не давав жодної інформації, можливо, через те, що його рідні краї у 1918–1940 рр. перебували під румунською владою.

У Києві вчений мешкав у будинку по вулиці Караваєвській, 47, квартира 5 (нині це вулиця Льва Толстого), а в 1930-х та повоєнних роках у будинку по вулиці Паньківській, 25, квартира 4 (до речі, у цій квартирі проживав до того професор В. І. Синайський).

---

[1] Матвєєв Г. К., Дубровіна А. Б., Катрич В. М., Колош Є. М. Наукова спадщина професора Володимира Іллiча Бошка. *Проблеми правознавства*. Київ, 1969. Вип. 11. С. 154–161.

[2] Матвєєв Г. К., Дубровіна А. Б., Катрич В. М. Наукова спадщина професора Володимира Іллiча Бошка *Вісник Київського університету.* Київ, 1987. С. 87–91.

[3] Усенко І. Б. Бошко Володимир Ілліч. *Юридична енциклопедія*. Т. 1. Київ: УЕ, 1998. С. 266–267.

[4] Усенко І. Б. Бошко Володимир Ілліч. *Енциклопедія сучасної України*. Т. 6. Київ, 2006. С. 614 ; Т. 1.

[5] Усенко І. Б., Міхневич Л. В. Юридичний факультет Київського інституту народного господарства в 20-ті роки XX ст.: факти, особистості, проблеми, здобутки. *Відроджений заново : Юридичний факультет КНЕУ*. Київ: Оріяни, 2003. С. 14–50; Усенко І. Б., Міхневич Л. В. Витоки правової освіти у нашому вузі. *Юридичний факультет КНЕУ – 15 років після відродження*. Київ: Вид. дім «Ін Юре», 2008. С. 11–38.

[6] Хуторян Н. М., Стадник М. П. Бошко Володимир Ілліч. *Антологія української юридичної думки* : в 10 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. К.: Вид. дім «Юрид. книга», 2004. Т. 9. С. 394.

[7] Усенко І. Б. Юридичні дослідження у Всеукраїнській науковій асоціації сходознавства. *Сходознавство*. 2009. № 47. С. 181–193.

[8] Міхневич Л. В. Розвиток юридичної науки і освіти в Київському комерційному інституті – Київському інституті народного господарства (1906–1930 рр.). Київ: КНЕУ, 2011. 286 с.; Міхневич Л. В. Ідея суверенітету України в радянську добу (за працею професора В. І. Бошка). *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова: збір. наукових праць.* Київ, 2015. Вип. 27. С. 187–192 (Серія 18 «Економіка і право»); Міхневич Л. В. Право на існування в дослідженні професора В. І. Бошка. *Конституція і державотворення: національні традиції та світовий досвід: матеріали XXX Міжнародної історико-правової конференції 4–6 липня 2014 р., м. Чернігів*. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2014. С. 239–245.

[9] Єрмоленко І. М. Творча спадщина В. І. Бошка у сфері земельно-правової науки. *Науковий вісник НУБіП України.* Київ, 2015. № 235. С. 7–12 (Серія «Право»).

[10] Сырых В. М. Бошко Владимир Ильич. *Правовая наука и юридическая идеология России. Энциклопедический словарь биографий* / отв. ред. и рук. авт. коллектива В. М. Сырых. Т. 2 (1917–1964). Москва: РАП, 2011. С. 111–116.

[11] Юринець Я. І. Бошко Володимир Ілліч *Київська духовна академія в іменах : 1819–1924:* енциклопедія : в 2 т. / упоряд. і наук. ред. М. Л. Ткачук; відп. ред. В. С. Брюховецький. Київ: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2015. Т. 1 : А–К. С. 229–232; Юринець Я. І. Випускники Київської духовної академії Володимир Бошко та Віктор Юденич: за матеріалами архівних студій. *Бібліографічний підхід у вивченні історії та спадщини Київської духовної академії (1819–1924).* 2016. С. 214–231.

[12] Кишиневская Епархия. Выпускники Измаильского духовного училища 1894–1905, 1907, 1908, 1910, 1911, 1913–1915 гг. URL: http://petergen.com/bovkalo/duhov/izmaildu.html

[13] Губар К. А. Внесок Києво-Могилянської академії та Київської духовної академії у вітчизняну юридичну освіту, науку і практику (1615–1920 рр.): монографія. Київ: ЦУЛ, 2016. С. 90.

[14] Филиппенко Н. Г. Киевское религиозно-философское общество (1908–1919). Очерк истории: монография. Київ: ПАРАПАН, 2009. С. 11–13, 128.

[15] Володин. Проф. В. И. Экземплярский *Киевская мысль.* 1912. № 96.

[16] Гойхбарх А. Г. Труды цивилистического студенческого кружка при университете Св. Владимира. Вып. 2 / под ред. проф. В. И. Синайского. *Право.* 1916. № 28. С. 2794–2795.

[17] Календарь, Справочная и Адресная Книга г. Киева на 1916 год: (год издания тринадцатый). Киев: Тип. С. В. Кульженко, 1916. С. 444.

[18] Протокол заседания совета института от 15 июня 1918 г. *ДАК* (Держ. архів м. Києва). Ф. 243. Оп. 1. Спр. 1. Арк. 9.

[19] У філософсько-правному гуртку при КІНГ. *Вісник радянської юстиції.* 1929. № 3. С. 89–90.

[20] Міхневич Л. В. Право на існування в дослідженні професора В. І. Бошка… С. 243.

[21] Бошко И. В. Стежки-дорожки, или Встречи с Виктором Некрасовым. *Книжное обозрение.* 1990, 21 декабря (№ 51). С. 4–5.

[22] Бошко І. В. Рік 1938-й, Київ, Лук'янівська в'язниця. *Україна.* 1989. 14 травня. № 20 (1684). С. 15–17; 21 травня. № 21 (1685). С. 14–16.

[23] Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Наукові досягнення за 50 років (1949–1989) / відп. ред. Ю. С. Шемшученко. Київ: Ін Юре, 1999. С. 5–6.

[24] Міхневич Л. В. Ідея суверенітету України в радянську добу … С. 189.

References:

Matvyeyev, H. K., Dubrovina, A. B., Katrych, V. M., Kolosh, Ye. M. (1969) Naukova spadshchyna profesora Volodymyra Illicha Boshka. *Problemy pravoznavstva*. Kyiv, Vyp. 11 [in Ukrainian].

Matvyeyev, H. K., Dubrovina, A. B., Katrych, V. M. (1987) Naukova spadshchyna profesora Volodymyra Illicha Boshka *Visnyk Kyyivs'koho universytetu*. Kyiv [in Ukrainian].

Usenko, I. B. (1998). Boshko Volodymyr Illich. *Yurydychna entsyklopediya*. T. 1. Kyiv [in Ukrainian].

Usenko, I. B. (2006).Boshko Volodymyr Illich. *Entsyklopediya suchasnoyi Ukrayiny*. T. 6. Kyiv [in Ukrainian].

Usenko, I. B., Mikhnevych, L. V. (2003). Yurydychnyy fakul′tet Kyyivs′koho instytutu narodnoho hospodarstva v 20-ti roky KHKH st.: fakty, osobystosti, problemy, zdobutky. *Vidrodzhenyy zanovo : Yurydychnyy fakul'tet KNEU*. Kyiv [in Ukrainian].

Usenko, I. B., Mikhnevych, L. V. (2008).Vytoky pravovoyi osvity u nashomu vuzi. Yurydychnyy fakul′tet KNEU – 15 rokiv pislya vidrodzhennya. Kyiv [in Ukrainian].

Khutoryan, N. M., Stadnyk, M. P. (2004). Boshko Volodymyr Illich. Antolohiya ukrayins′koyi yurydychnoyi dumky. T. 9. Kyiv [in Ukrainian].

Usenko, I. B. (2009).Yurydychni doslidzhennya u Vseukrayins′kiy naukoviy asotsiatsiyi skhodoznavstva. *Skhodoznavstvo*. 47 [in Ukrainian].

Mikhnevych, L. V. (2011). Rozvytok yurydychnoyi nauky i osvity v Kyyivs′komu komertsiynomu instytuti – Kyyivs′komu instytuti narodnoho hospodarstva (1906–1930 rr.). Kyiv [in Ukrainian].

Mikhnevych, L. V. (2015). Ideya suverenitetu Ukrayiny v radyans′ku dobu (za pratseyu profesora V. I. Boshka). *Naukovyy chasopys NPU imeni M. P. Drahomanova: zbir. naukovykh prats'.* Kyiv [in Ukrainian].

Mikhnevych, L. V. (2014). Pravo na isnuvannya v doslidzhenni profesora V. I. Boshka. *Konstytutsiya i derzhavotvorennya: natsional'ni tradytsiyi ta svitovyy dosvid: materialy KHKHKH Mizhnarodnoyi istoryko-pravovoyi konferentsiyi 4–6 lypnya 2014 r., m. Chernihiv.* Kyiv [in Ukrainian].

Yermolenko, I. M. (2015). Tvorcha spadshchyna V. I. Boshka u sferi zemel′no-pravovoyi nauky. *Naukovyy visnyk NUBiP Ukrayiny*. Kyiv, № 235 [in Ukrainian].

Syrykh, V. M. (2011). Boshko Vladymyr Yl′ych. Pravovaya nauka y yurydycheskaya ydeolohyya Rossyy. *Éntsyklopedycheskyy slovar′ byohrafyy.* T. 2 (1917–1964). Moskva [in Russian].

Yurynets′, Ya. I. (2015). Boshko Volodymyr Illich *Kyyivs'ka dukhovna akademiya v imenakh : 1819–1924: entsyklopediya.* T. 1 : A–K. Kyiv [in Ukrainian].

Yurynets′, Ya .I. (2016). Vypusknyky Kyyivs′koyi dukhovnoyi akademiyi Volodymyr Boshko ta Viktor Yudenych: za materialamy arkhivnykh studiy. *Bibliohrafichnyy pidkhid u vyvchenni istoriyi ta spadshchyny Kyyivs'koyi dukhovnoyi akademiyi (1819–1924).* Kyiv [in Ukrainian].

Kyshynevskaya Eparkhyya. Vypusknyky Yzmayl′skoho dukhovnoho uchylyshcha 1894–1905, 1907, 1908, 1910, 1911, 1913–1915 hh. Rezhym dostupu: http://petergen.com/bovkalo/duhov/izmaildu.html [in Russian].

Hubar, K. A. (2016). Vnesok Kyyevo-Mohylyans′koyi akademiyi ta Kyyivs′koyi dukhovnoyi akademiyi u vitchyznyanu yurydychnu osvitu, nauku i praktyku (1615–1920 rr.): monohrafiya. K.: TSUL [in Ukrainian].

Fylyppenko, N. H. (2009). Kyevskoe relyhyozno-fylosofskoe obshchestvo (1908–1919). Ocherk ystoryy. Monohrafyya. Kyiv [in Russian].

Volodyn. (1912). Prof. V. Y. Ékzemplyarskyy *Kyevskaya mysl′*. 96 [in Russian].

Hoykhbarkh, A. H. (1916). Trudy tsyvylystycheskoho studencheskoho kruzhka pry unyversytete Sv. Vladymyra. Vyp. 2. Pod redaktsyey prof. V. Y. Synayskoho. *Pravo.* 28 [in Russian].

Kalendar', Spravochnaya i Adresnaya Kniga g. Kiyeva na 1916 god: (god izdaniya trinadtsatyy). (1916). Kyiv [in Russian].

Protokol zasedanyya soveta ynstytuta ot 15 yyunya 1918 h. (Derzhavnyy arkhiv m. Kyiva). Fond 243. Opys 1. Sprava 1 [in Russian].

U filosofs′ko-pravnomu hurtku pry KINH. (1929). *Visnyk radyans'koyi yustytsiyi*. 3 [in Ukrainian].

Boshko, I. V. (1990). Stezhky-dorozhky, yly Vstrechy s Vyktorom Nekrasovym. *Knyzhnoe obozrenye*. 21 dekabrya (№ 51) [in Russian].

Boshko, I. V. (1989). Rik 1938-y, Kyyiv, Luk'yanivs′ka v'yaznytsya. *Ukrayina.* 20–21 [in Ukrainian].

Instytut derzhavy i prava imeni V. M. Korets′koho NAN Ukrayiny. Naukovi dosyahnennya za 50 rokiv (1949–1989). Kyiv, 1999 [in Ukrainian].

Резюме

Усенко І. Б., Міхневич Л. В. **Володимир Ілліч Бошко: спроба створення наукової біографії вченого.**

На основі опублікованих джерел та нових архівних матеріалів подано уточнені відомості про життя, наукову, викладацьку та громадську діяльність відомого правознавця Володимира Ілліча Бошка. Охарактеризовано основні етапи його життєвого і творчого шляху та наукову спадщину вченого. Повернуто до наукового обігу маловідомі наукові праці правознавця. Особлива увага приділена ранній публіцистиці В. І. Бошка, його здобуткам у галузі історії правової думки та сімейного права. Вперше докладно висвітлюється ініціатива вченого щодо заснування Інституту права та відділення філософії права в системі Академії наук УРСР.

Ключові слова: Україна, юридична наука, Академія наук, Київський університет, Київський інститут народного господарства, В. І. Бошко, історія правових учень, сімейне право.

Резюме

Усенко И. Б., Михневич Л.В **. Владимир Ильич Бошко: попытка создания научной биографии ученого.**

На основе опубликованных источников и новых архивных материалов представлены уточненные сведения о жизни, научной, преподавательской и общественной деятельности известного правоведа Владимира Ильича Бошко. Охарактеризованы основные этапы его жизненного и творческого пути и научное наследие ученого. Возвращены в научный оборот малоизвестные научные работы правоведа. Особое внимание уделено ранней публицистике В. И. Бошко, его достижениям в области

истории правовой мысли и семейного права. Впервые подробно освещается инициатива ученого по учреждению Института права и отделения философии права в системе Академии наук УССР.

Ключевые слова: Украина, юридическая наука, Академия наук, Киевский университет, Киевский институт народного хозяйства, В. И. Бошко, история правовых учений, семейное право.

Summary

Igor Usenko, Liudmyla Mikhnevych. **Volodymyr Boshko: an attempt to make a scientific biography of a scholar.**

On the basis of the sources published and new archival materials, more accurate information on well-known jurist Volodymyr Boshko's life and his scientific, teaching and public activities is provided. For the first time, information on the unlawful repression of the scientist's daughter and older brother is given. The main stages of his life, career, and scientific heritage are described. The little known scientific works of the jurist have been returned to scientific circulation. Particular attention is paid to Boshko's early social and political essays. His achievements in the spheres of history of law and family law have been identified. It is emphasized that professor Boshko was the author of the first Soviet textbook on history of political and legal studies, which had been the only one for 30 years. It also has been found out that his scientific works concerning problems of the legal status of spouses and illegitimate children, alimony law and factual marriage are still relevant. The legal positions of the scholar on issues of state law, in particular the notions of sovereignty, equality of states, sovereignty of federations, content and legal nature of some human rights, are also covered. The works of the professor in the fields of civil and agrarian law are also mentioned.

His talent as a teacher and the head of a number of academic institutions is indicated, in particular the attention is paid to his educational activity in various academic institutions of railway transport. The information on Boshko's initiative on the state program "Big Dnieper" is given. The jurist's affiliation to the activities of Kyiv Branch of the All-Ukrainian Scientific Association of Oriental Studies and of the All-Ukrainian Academy of Sciences has been revealed. For the first time, the scholar's initiative to establish the Institute of Law and the Department of Philosophy of Law in the system of the Academy of Sciences of the USSR is covered in detail.

The milestones of the scientist's life in the evacuation and post-war years of his activity at the Law Faculty of Kyiv University are reproduced in general terms. It is found that in recent years, the scholar had been actively working on his doctoral thesis on Soviet family law and had been preparing a three-volume work in history of political and legal studies, but these works were not completed.

Key words: Ukraine, legal sciences, Academy of Sciences, Kyiv University, Kyiv Institute of National Economy, Volodymyr Boshko, history of legal studies, family law.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.02
УДК 340.132.6

В.К. АНТОШКІНА

Валерія Костянтинівна Антошкіна, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Бердянського університету менеджменту і бізнесу*[*]
ORCID: 0000-0003-2136-3073

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ВИМОГ ЮРИДИЧНОЇ ТЕХНІКИ ТА ЇХ ВПЛИВ НА ПРОЦЕС ТЛУМАЧЕННЯ

Постановка проблеми. Повною мірою ми згодні з авторами, які вважають сучасний етап розвитку вітчизняного права динамічним з формуванням абсолютно нових концепцій і підходів до регулювання тих або інших відносин і відповідно прийняттям в досить стислі терміни значного за обсягом нормативного матеріалу, реалізація якого вимагає насамперед усвідомлення змісту норм права, наявних в прийнятих акта[1]. Без глибокого розуміння змісту норм права неможлива їх ефективна реалізація. Саме з цієї причини тлумаченню права, спрямованому на пізнання і роз'яснення змісту правових норм, останнім часом приділяється все більше уваги.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми тлумачення правових норм та юридичної техніки висвітлювались у працях вітчизняних і зарубіжних науковців. Це С.С. Алексєєв, У. Бернам, Є.В. Васьковський, О.Б. Венгеров, М.О. Власенко, Ю.Л. Власов, М.М. Вопленко, О.В. Капліна, М.М. Коркунов, П.О. Недбайло, А.С. Піголкін, П.М. Рабінович, Б. Спасов, А.О. Селіванов, І.Д. Сліденко, В.Я. Тацій, Ю.М. Тодика, Г.О. Христова, О.Ф. Черданцев, Ю.С. Шемшученко, Г.Ф. Шершеневич та ін.

У радянській юридичній літературі значну увагу приділено з'ясуванню сутності юридичної техніки, наведено різноманітні, іноді повністю протилежні погляди. Більшість авторів юридичну техніку зводить до сукупності правил або до системи правил і прийомів. Але останнім часом радикальні зміни у законодавстві та створення національних правових систем перетворили ці наукові результати на малозастосовні на сучасному етапі.

До того ж залишаються недостатньо дослідженими питання юридичної техніки, особливості використання її прийомів і способів в правозастосуванні та тлумаченні правових норм. Також відсутнє комплексне дослідження методологічних підходів впливу недоліків юридичної техніки на процес тлумачення.

Формулювання мети статті. Метою даної роботи є визначення впливу юридичної техніки на процес тлумачення.

Виклад основного матеріалу. Професор Н.М. Оніщенко вказує, що законотворення часто оминає професійних розробників-юристів, і тому нерідко закони стають утіленням політичної волі парламенту. При цьому лишаються поза увагою правова експертиза і принцип системності правового регулювання суспільних відносин. Законодавча техніка в Україні по суті ігнорується учасниками законодавчого процесу, а про її вдосконалення взагалі немає мови[2]. Даний стан речей призводить до необхідності застосування тлумачення.

На наш погляд, достатньо повно необхідність та причини існування механізму тлумачення права пояснює Л.Н. Александрова[3]:

1. Норми права, що містяться в нормативних актах, виражаються за допомогою слів, пропозицій, формулювань, для розуміння сенсу яких, значення і логічного зв'язку між ними, потрібна розумова діяльність.

2. У нормативних актах воля держави виражена через засоби і прийоми юридичної техніки, що потребує для правильного їх пояснення спеціальних юридичних знань.

3. Мова закону не спрямована на конкретну особу. Текст закону відрізняється безособовістю викладу, стислістю формулювань, а також значною формалізацією, що веде до частого виникнення у правозастосувача необхідності розшифровування цих формулювань.

© В.К. Антошкіна, 2019

[*] ***Valeriya Antoshkina,*** *Ph.D. in Law* ÿüüü'I pm`ýJbZjcÁúv/ZXb]bJZJúč/3bZ5ýv/ZX`_ZcJe`jZJúč/'RnSÁ]JZJúč/'RqSÁúv/ZXc[dcaJZJúč/'RrSddÁúv/ZX

4. Недосконалість і неадекватне використання законодавчої техніки. Відсутність точної і зрозумілої мови нормативного акта тягне за собою необхідність конкретизації формулювань, при якому не повинно бути втрачено істинний сенс правової норми.

Водночас Г.О. Саміло виокремлює дещо інші ознаки й особливості норм права, які викликають необхідність тлумачення[4]:

1. Норми права мають загальний і абстрактний характер, коло їх дії поширюється на велику кількість суб'єктів і ситуацій. Разом із тим вони реалізуються в конкретних діях осіб у конкретних випадках. Отже, виникає потреба деталізувати й розкрити зміст норми права, вираженої в загальній та абстрактній формах, і таким чином наблизити його до конкретних дій суб'єкта та ситуацій.

2. Кожна норма права регулює певний вид суспільних відносин, окреслений у ній загальними рисами. Конкретні відносини, які регулює норма права, є вельми численними. Вони мають індивідуальні особливості й водночас суттєві риси, характерні для всіх видів відносин. Ця обставина в процесі реалізації норм права породжує багато питань, що належать до змісту норм права, відповіді на які можна отримати лише шляхом тлумачення.

3. Норми права діють досить тривалий час. У період їх дії у результаті розвитку економічних та суспільних відносин виникають нові ситуації, які підпадають під регулювання певних норм права в силу їх загального характеру.

4. Норми права мають певну мовно-логічну зовнішню форму, особливості якої потребують тлумачення.

5. Логічні форми не тотожні граматичним, логіка не зливається з граматикою. Слово не дає повного уявлення про сутність речі, яку воно означає, слова не мають єдиної інтерпретації. Зв'язок між словом і поняттям ускладняється тим, що значення слова в мові охоплює не весь зміст поняття, а лише загальновідому його частину, і тут слово опиняється в своєму значенні вужчим за поняття.

6. Суб'єкти суспільних відносин належать до різних соціальних верств, професій, мають різний життєвий досвід, різну правову й моральну свідомість, сприймають однакові явища дійсності з різним ступенем точності, широти і глибини.

Під час тлумачення іноді виявляються різні недоліки, що мають місце в системі законодавства (наприклад, прогалини в праві, конкуренція норм, правові колізії).

Під прогалиною у праві розуміють відсутність норми права, відповідно до якої повинно вирішуватися питання, що вимагає правового регулювання. Основними причинами їх виникнення є наступні:

– законодавець не охопив життєві ситуації, що вимагають правового регулювання;

– у результаті недоліків юридичної техніки. – недотримання вимог юридичної техніки;

– постійний розвиток суспільних відносин.

Виокремлюються суб'єктивні і об'єктивні чинники і умови виникнення законотворчих помилок, що потребують застосування процедур тлумачення (рис. 1).

А.В. Зубенко зазначає, що «ефективність правового регулювання в значній мірі залежить від юридичної техніки викладення тексту правових актів, яка має певну специфіку і для інтерпретаційних актів, з урахуванням особливостей їх завдань і функцій»[5].

С.С. Алексєєв під юридичною технікою розуміє сукупність засобів і прийомів, використовуваних відповідно до правил при виробленні й систематизації правових нормативних актів. Він зазначає, що «за своїм змістом юридична техніка складається з двох елементів: а) технічних засобів і б) технічних прийомів»[6].

Рис. 1. Суб'єктивні і об'єктивні чинники і умови виникнення законотворчих помилок, що потребують застосування процедур тлумачення

М.Л. Давидова розглядає юридичну техніку як систему засобів, використовуваних при складанні правових актів і здійсненні іншої юридичної діяльності[7].

А.Ф. Черданцев юридичну техніку трактує як сукупність правил, прийомів, способів підготовки, складання, оформлення юридичних документів, їх систематизації й обліку[8].

На думку Н.В. Овчиннікова, в загальному вигляді юридична техніка є системою засобів, прийомів, правил підготовки, оформлення і реалізації юридичних документів[9].

У зв'язку з цим Т.В. Кашанина виділяє наступні види юридичної техніки:

– сукупність юридичних інструментів;

– найбільш доцільне перетворення інформації на правовий акт;

– ефективне проведення юридичної роботи.

М.Л. Давидова проводить класифікацію за діаметрально протилежним критеріями:

– формальний підхід – юридична техніка включає тільки правила зовнішнього оформлення правових актів, надання їм належної форми, відповідає за мову, стиль, нумерацію, не змінюючи змісту;

– змістовний підхід – юридична техніка є засобом удосконалення права і за формою, і за змістом, забезпечує не тільки гарний зовнішню вигляд правових актів, а й їх відповідність життєвим реаліям, адекватне відображення суспільних потреб[10].

Необхідно розрізняти інструментарій юридичної техніки й юридичної технології (табл. 1).

Таблиця 1

Інструментарій юридичної техніки й юридичної технології

Юридична техніка	Юридична технологія
«сукупність правил, прийомів, способів підготовки, складання, оформлення юридичних документів, їх систематизації та обліку»[11]	«засоби (процедури) нормативної побудови змісту джерел права»[12]
Мета – виклад волевиявлення суб'єкта правотворчості, при якому забезпечується простота, ясність, зрозумілість, однаковість юридичного тексту, відсутні логічні суперечності й зведено до мінімуму або взагалі усунуто за допомогою спеціальних методів і прийомів інші правотворчі помилки	Мета – лаконічно упорядкувати застосування методів і прийомів юридичної техніки
Взаємопов'язані правотворчі дисципліни	
Негласний, само собою зрозумілий обов'язок – використання їх правил, рекомендацій, прийомів, способів, засобів у правотворчій, правозастосовній й інтерпретаційній діяльності	
Однотипне корисне завдання – забезпечення формальної і змістовної якості правового акта	

Техніко-юридичні засоби і прийоми за змістом С.С. Алексєєв розділяє на дві групи:

– засоби і прийоми юридичного вираження волі законодавця або воля суб'єкта індивідуального акта (спеціально-юридичний зміст безпосередньо змісту акту як форми права, конструювання правових актів);

– засоби і прийоми словесно-документального викладу змісту акта (торкається тільки зовнішньої форми правових актів як документів)[13].

Між даними групами існує певний взаємозв'язок. Так, юридичне вираження втіленої в акті волі знаходить зовнішній виклад у тих або інших особливостях словесно-документальної форми, тобто існує як самостійний різновид правової реальності, так і проявляється в зовнішній формі.

Техніко-юридичні правила створення правових актів закріплено на нормативному рівні: 1) Рекомендації з питань підготовки, державної реєстрації та обліку відомчих НПА (постанова колегії Мін'юсту «Рекомендації з питань підготовки, державної реєстрації та обліку відомчих НПА» від 27 березня 1998 р. № 3); 2) Методичні рекомендації щодо розроблення проєктів законів та дотримання вимог нормопроєктної техніки (постанова колегії Міністерства юстиції України «Методичні рекомендації щодо розроблення проєктів законів та дотримання вимог нормопроєктної техніки» від 21 листопада 2000 р. № 41); 3) Правила підготовки проєктів Кабінету Міністрів України (Постанова Кабінету Міністрів України «Правила підготовки проєктів Кабінету Міністрів України» від 06 вересня 2005 р. № 870); 4) Методичні рекомендації з підготовки та оформлення проєктів законів України, НПА Президента України, Кабінету Міністрів України, МНС та дотримання правил нормопроєктної техніки (наказ МНС України «Методичні рекомендації з підготовки та оформлення проєктів законів України, НПА Президента України, Кабінету Міністрів України, МНС та дотримання правил нормопроєктної техніки» від 10 грудня 2007 р. № 851); 5) Правила оформлення проєктів законів та основні вимоги законодавчої техніки (методичні рекомендації) (Правила оформлення проєктів законів та основні вимоги законодавчої техніки (методичні рекомендації): Апарат Верховної Ради України, 27 листопада 2014 р.).

Узагальнюючи існуючі погляди та практику, нами пропонується більш складна структура юридичної техніки, представлена на рис. 2.

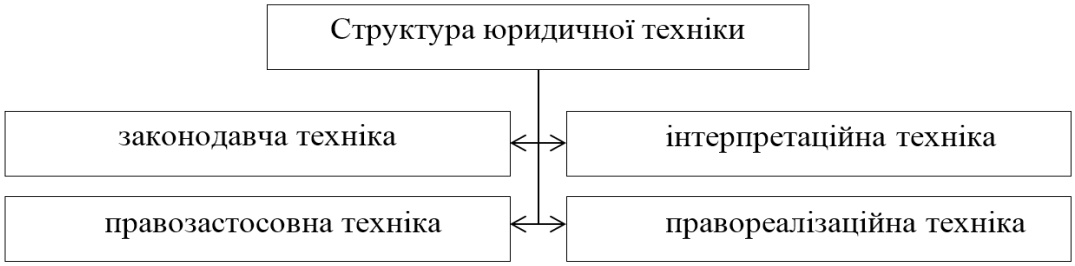


Рис. 2. Структура юридичної техніки

Проте не всі науковці підтримують такий підхід до структурування юридичної техніки.

Так, Ж.О. Дзейко вважає, що сьогодні можна говорити про історіографію законодавчої техніки[14].

Юристи-практики частіше оперують терміном «нормопроєктна техніка». Деякі із них нормотворчу техніку розглядають як різновид (складову) юридичної техніки[15]. На думку інших, поняття нормотворчої техніки є ширшим за поняття юридичної техніки[16].

Під нормотворчою технікою пропонується розуміти спосіб вироблення не лише юридичних, а й інших норм (корпоративних, технічних тощо). Через те, що юридична техніка спрямована на вироблення та реалізацію саме юридичного права державним апаратом, то термін «правотворча техніка» теж не достатньо точно відображає зміст цього правового феномена. Він також не враховує, що юридична техніка – це спосіб не лише творення права, а й його реалізації в юридичній діяльності[17].

Юридична техніка класифікується С.С. Алексєєвим значно вужче[18]:

– за видами правових актів, які обслуговує сукупність технічних прийомів і засобів: законодавча (правотворчу) і техніка індивідуальних актів;

– за змістом прийомів і засобів.

Законодавча техніка є вирішальною для загальної теорії права.

Техніка індивідуальних актів застосовується в основному в конкретних юридичних дисциплінах (процесуальне, цивільне та ін. права).

Інтерпретаційна техніка, як вид юридичної – техніка створення актів, що роз'яснюють норму й виявляють її точний зміст[19]. За своїм змістом інструментарій інтерпретаційної техніки аналогічний як у юридичної техніки. Особливість інтерпретаційної техніки в її застосуванні лише при складанні актів інтерпретаційної діяльності та направленості на пізнання й передачу справжнього змісту приписів права з метою інтерпретації норм права.

Техніка тлумачення юридичних норм є одним із різновидів юридичної техніки й охоплює систему засобів, правил, прийомів, способів тлумачення.

І.Д. Шутак структурує техніко-юридичний інструментарій тлумачення норм права наступним чином:

– власне техніка тлумачення норм права: технічні засоби (тексти нормативних документів, наукова література, комп'ютерна техніка, прилади тощо);

– технологія тлумачення норм права: прийоми, способи, методи, які мають нематеріальний характер і належать до вміння (мистецтва) проводити інтерпретаційну роботу[20].

Для формування техніко-юридично якісних інтерпретаційних актів, на думку А.В. Мочерад, треба забезпечити відповідний рівень техніко-юридичних знань інтерпретаторів – вміння оперувати теоретично і практично категоріями інтерпретаційної техніки, володіння культурою мислення та мистецтвом логічного аналізу, знання загальних законів аналізу й вміння правильно їх вибудовувати в письмовій та усній формах. До того ж слід залучати до процесу тлумачення фахівців – нормопроєктантів, знавців юридичної техніки, проводити відповідне навчання задля підвищення рівня спеціальних знань суб'єктів інтерпретаційної діяльності[21].

Крім того, проблема тлумачення ускладнюється відсутністю належним чином нормативно закріплених правил і вимог щодо юридичної природи та техніки актів тлумачення норм права.

Юридична техніка має три основні прояви, три форми існування:

1. Сукупність засобів і прийомів нематеріального, технічного характеру – зовнішні інструменти і способи організації правового матеріалу, які використовуються при виробленні, оформленні й систематизації багатьох різних актів. Проте вони мають також і нематеріальний характер через вираження в певних ідеологічних явищах і категоріях (юридичні конструкції, прийоми викладу норм та ін.).

2. Правила (норми), відповідно до яких використовується юридична техніка. Ефективне застосування технічних засобів і прийомів закріплюється в правилах юридичної техніки, які містяться в нормативних актах (наприклад, інструкції з підготовки і оформлення законопроєктів).

3. Рівень досконалості нормативних актів в якості форми права, який в країні визначається за реальним використанню технічних засобів і прийомів у законодавстві, в правових актах.

Із застосуванням комплексного підходу пропонується структурувати інструментарій юридичної техніки наступним чином:

– засоби – предмети, що використовуються в процесі юридичної роботи: тексти правових актів; джерела, в яких публікуються правові акти, засоби розмножувальної техніки для їх друку; картки, вклейки, жур-

нали, книги, зошити, які використовують для систематизації нормативних актів; комп'ютери та програмне забезпечення для написання юридичних документів; фотоапарати для фіксації розташування предметів на місці події і т.д.;

– прийоми – дії в процесі юридичної роботи: узгодження проєктів юридичних документів, протоколи розбіжностей, відсилання до іншого нормативного акта;

– способи – складна за змістом діяльність, яка складається із сукупності прийомів: конструкція договорів, розгляд розбіжностей по законопроєкту, стадії застосування права;

– методи – шляхи досягнення мети в процесі юридичної роботи (наприклад, в процесі тлумачення права – порівняльний, системний, структурний, функціональний, історичний, логічний та ін.).

Створення якісних нормативно-правових актів можливе за умови належного використання інструментарію правотворчої техніки. Якщо попередження та усунення недоліків – процес, що може тривати певний час, то їх подолання має здійснюватись негайно у процесі правозастосувальної діяльності.

Загальновизнаними формами удосконалення (через підвищення якості) НПА України є прийняття НПА у новій редакції, внесення змін до НПА, кодифікація НПА, офіційне тлумачення-роз'яснення НПА, тобто вдосконалення відбувається через правотворчу та правоінтерпретаційну діяльність. Аналіз практики удосконалення НПА вказує на те, що у тих випадках, коли у НПА чітко виражені (колізії, прогалини, невиправдане дублювання) та частково виражені (інші техніко-технологічні помилки) недоліки, вони усуваються зазначеними способами. А ось приховані (латентні) недоліки частіше згладжуються шляхом офіційного тлумачення НПА або правотворчими, або ж спеціально уповноваженими органами (тобто через делеговане тлумачення). Названі форми удосконалення НПА України відповідають основним характеристикам правотворення (зокрема кодифікації) та правотлумачення. Визначальними компонентами для результатів нормотворчої діяльності є нормопроєктна техніка та нормотворчий процес (процедура, технологія), для офіційного тлумачення (на що звертають увагу сучасні науковці) – правотлумачна техніка[22].

Правові презумпції, фікції та аксіоми є різновидами засобів юридичної техніки, а саме – правотворчої техніки. Вважати їх елементами правозастосовної чи правоінтерпретаційної техніки можна лише частково через існування особливостей застосування й тлумачення нормативно-правових приписів, у яких вони містяться. Однак це більшою мірою складові саме цих видів юридичної техніки, а не техніки нормотворення. Тому точніше говорити про правові презумпції, правові фікції та правові аксіоми як засоби нормопроєктувальної техніки. Проте для цього немає достатніх підстав. Найдоцільніше розглядати правові презумпції, правові фікції та правові аксіоми як самостійні засоби нормотворчої техніки[23].

Висновки. Таким чином, недосконаліть юридичної техніки, і передусім прогалини в законотворчості (нормотворчості), ведуть до виникнення необхідності тлумачення правових норм. Правозастосовна діяльність потребує змістовного розуміння змісту норм права, що реалізуються, отже, процес тлумачення в разі порушення правозастосовної техніки важливий і для цього елементу юридичної техніки. Саме тому неквалiфіковано використані прийоми законодавчої техніки під час створення нормативно-правового акта справляють суттєвий вплив на процедури тлумачення та застосування права. Отже, враховуючи невисокий рівень нормотворчої техніки, в тому числі при складанні право інтерпретаційних документів, цілком зрозумілим є науковий і практичний інтерес до цієї сфери, що обумовлює подальші дослідження.

---

[1] Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография / под ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2011. 296 с. С. 41.

[2] Оніщенко Н. Гармонізація правової системи України: основні напрями та тенденції. *Юридична газета*. 2006. № 18/78. С. 11.

[3] Александрова Л.Н. Толкование юридических норм и его влияние на судебную практику. *Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.* 2007. № . 15 (39). С. 20–24. С. 21.

[4] Саміло Г.О. Проблеми тлумачення правових норм. Запоріжжя: ЗНТУ, 2017. 144 с.

[5] Зубенко А.В. Помилки в інтерпретаційних актах: походження та засоби усунення. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова.* Сер. 18 «Економіка і право». 2013. Вип. 21. С. 110–115. С. 113. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nchnpu_018_2013_21_16 (дата звернення: 02.11.2019).

[6] Алексеев С.С. Общая теория права. Москва, 1982. Т. 2. 356 с. С. 266.

[7] Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. Волгоград: Из-во ВолГУ, 2009. 318 с. С. 50.

[8] Черданцев А.Ф. Теория государства и права. Москва, 1999. 432 с. С. 366.

[9] Овчинников Н.В. Интерпретационная юридическая техника. *Молодой ученый*. 2015. № 3. С. 661–663. URL: https://moluch.ru/archive/83/15170 (дата звернення: 05.11.2019).

[10] Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии: монография. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. 318 с. С. 38.

[11] Панько К.К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России. Воронеж: Изд-во Воронеж, ун-та, 2004. 27 с. С. 28.

[12] Луць Л.А. Загальна теорія держави та права. Київ: Атіка, 2008. 412 с. С. 185.

[13] Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х т. Москва: Юридическая литература, 1981. Т. 2. 356 с. С. 272.

[14] Дзейко Ж.О. Законодавча техніка в Україні: історико-теоретичне дослідження. Київ: Київський університет, 2007. С. 21–27.

[15] Риндюк В.І. Законодавча техніка: поняття, форми, види, реалізація в Україні: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2008. С. 10–16.

[16] Косович В.М. Загальнотеоретичі аспекти удосконалення нормативно-правових актів України: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2015. 488 с. С. 146.

[17] Риндюк В.І. Законодавча техніка: поняття, форми, види, реалізація в Україні: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2008. 20 с. С. 10–16.

[18] Алексеев С.С. Вказана праця. С. 272.

[19] Дутко А.О. Юридична техніка: види та зміст. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. Сер. «Юридична». 2006. № 3. С. 25–33. С. 28.

[20] Шутак І.Д. Юридична техніка тлумачення норм права. *Науково-інформаційний вісник.* Серія «Право». 2015. № 11. С. 18–24. С. 20.

[21] Мочерад А.В. Ефективність інтерпретаційної діяльності: техніко-технологічні аспекти**.** *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 4. С. 30–34. С. 33.

[22] Косович В.М. Загальнотеоретичні аспекти удосконалення нормативно-правових актів України: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2015. С. 123.

[23] Там само.

References:

Spasybo-Fateeva, Y.V. (Ed.). (2011). *Kharkov Civil School: in the spirit of tradition*. Kharkov: Pravo [in Russian].

Onishchenko, N. (2006). Harmonization of the legal system of Ukraine: main directions and tendencies. Yurydychna hazeta, 18/78, 11 [in Ukrainian].

Aleksandrova, L.N. (2007). *Interpretation of legal norms and its influence on jurisprudence*. Izvestiya Rossiyskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta im. A.I. Gertsena, 15 (39), 20–24 [in Russian].

Samilo, H.O. (2017). *Problems of interpretation of legal norms*. Zaporizhzhya: ZNTU [in Ukrainian].

Zubenko, A.B. (2013). *Errors of interpretative acts: origin and remedies*. Naukovyy chasopys NPU imeni M.P. Drahomanova. Ser. 18 «Ekonomika i pravo», 21, 110–115 [in Ukrainian].

Alekseyev, S.S. (1981). *General Theory of Law*: (Vol. 2) Moskva: Yuridicheskaya literatura [in Russian].

Davydova, M.L. (2009). *Legal technique: problems of theory and methodology*. Volgograd: Volgi [in Russian].

Cherdantsev, A.F. (1999). *Theory of State and Law*. Moskva [in Russian].

Ovchynnykov, N.V. (2015). *Interpretative legal technique.* Molodoy uchenyy, 2015, 661–663 [in Russian].

Pan'ko, K.K. (2004). *Methodology and theory of legislative technique of criminal law of Russia*. Voronezh: Yzd-vo Voronezh un-ta [in Russian].

Luts', L.A. *General theory of state and law*. Kyiv: Atika [in Ukrainian].

Dzeyko, Z.H. (2007). A. *Legislative technique in Ukraine: A Historical-Theoretical Study*. Kyiv: Kyivskiy universutet [in Ukrainian].

Ryndyuk, V.I. (2008). *Legislative technique: concepts, forms, types, implementation in Ukraine*. Extended abstract of candidate's thesis. Kyiv [in Ukrainian].

Kosovich, V.M. (2015). *General theoretical aspects of improvement of normative legal acts of Ukraine*. Doctor's thesis. L'viv [in Ukrainian].

Dutko, A.A. (2006). *Legal technology: types and content.* Naukovyy visnyk L′vivs′koho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav. Ser. «Yurydychna», 3, 25–33 [in Ukrainian].

Shutak, I.D. (2015). *Legal technique for interpreting the rules of law.* Naukovo-Informatsiynyy visnyk. Seriya «Pravo», 11, 18–24 [in Ukrainian].

Mocherad, A.V. (2016). *Effectiveness of interpretive activity: technical and technological aspects.* Porivnyal′no-analitychne pravo, 4, 30–34 [in Ukrainian].

Резюме

Антошкіна В.К. **Проблеми реалізації вимог юридичної техніки і їх вплив на процес тлумачення.**

У статті визначено причини, фактори та умови, що викликають необхідність тлумачення правових норм, з виокремленням об'єктивних та суб'єктивних. Встановлено, що однією з причин необхідності тлумачення є недосконалість законодавства, яка викликана недодержанням вимог юридичної техніки, яким приділено з цих позицій значну увагу. Досліджено сутність юридичної техніки, її правила, прийоми та види, структурні елементи, форми існування.

Також у рамках даної проблематики автором визначено питання дотримання техніки складання якісних інтерпретаційних актів. Надано рекомендації щодо можливих способів підвищення якості вказаних актів.

Ключові слова: юридична техніка, тлумачення права, недосконалість законодавства, законодавча техніка, правозастосовна техніка, інтерпретаційна техніка.

Резюме

Антошкина В.К. **Проблемы реализации требований юридической техники и их влияние на процесс толкования.**

В статье определены причины, факторы и условия, вызывающие необходимость толкования правовых норм, с выделением объективных и субъективных. Установлено, что одной из причин необходимости толкования является несовершенство законодательства, вызванное несоблюдением требований юридической техники, которым уделено с этих позиций значительное внимание. Исследована сущность юридической техники, ее правила, приемы и виды, структурные элементы, формы функционирования.

Также в рамках данной проблематики автором определены вопросы соблюдения техники составления качественных интерпретационных актов. Даны рекомендации относительно возможных способов повышения качества указанных актов.

Ключевые слова: юридическая техника, толкование права, несовершенство законодательства, законодательная техника, правоприменительная техника, интерпретационная техника.

Summary

Valeriya Antoshkina. **Problems of implementation of legal technique requirements and their influence on interpretation process.**

The current stage of domestic law development is very dynamic. It is characterized by the formation of completely new concepts and approaches to the regulation of certain relations and, accordingly, by the adoption of significant regulatory material in a short time. Without a deep understanding of the content of the legal norms, their effective implementation is impossible. It is still the reason that the interpretation of law is recently being paid increasing attention, particularly in this paper. In it the author set as a purpose to determine the influence of legal technique on the interpretation process.

The beginning of the article identifies the causes, factors and conditions that make it necessary to interpret legal rules, with the separation of objective and subjective ones. These include the general abstract nature of the norms, the extension of their effect to a large number of subjects and situations, while the need for comparing the general norm with the particular situation; the diversity of situations and interests of persons implementing the rules of law; the emergence of new relationships that did not exist at the time of the adoption of regulations, but which require legal regulation; linguistic-logical external form of norms, special legal terminology usage; awareness and intellectual, moral level of the subjects who implement the norms, etc.

The author notes that one of the factors of the imperfection of the current legislation, which leads to its complicated understanding, is the neglect of the rules of lawmaking technique. In fact, professional law-developers lawyers have been excluded from this process. In such a situation, legal expertise and the principle of systematic regulation of social relations are neglected. Lawmaking technique in Ukraine is essentially ignored by participants of the legislative process. Also, interpretation sometimes reveals various deficiencies that occur in the system of legislation (eg, gaps in law, competition of rules, legal conflicts).

The article briefly covers the main provisions on the essence of legal technique, its rules, ways and types, structural elements, form of existence. The toolkit of legal technique and legal technology is compared.

The normative legal acts that have been adopted in our country for the last fifteen years and which contain the rules for creating legal acts of different levels, (mainly in the form of Methodical Recommendations) are analyzed.

The paper states that the technique of interpretation of legal norms is one of the varieties of legal technique and covers a system of means, rules, ways, methods of interpretation. In this case, the technical-legal interpretation tool is divided into: 1) proper technique for interpreting the legal norms: technical means (texts of normative documents, scientific literature, computer equipment, devices, etc.); 2) technology of legal norms interpretation: ways, means, methods that are intangible.

Also within the framework of such a problem the author identified the problem of adherence of the technique of making qualitative interpretative acts. For this purpose, it is proposed to provide an appropriate level of technical-legal knowledge of interpreters – the ability to operate theoretically and practically the categories of interpretive techniques, knowledge of the culture of thinking and the art of logical analysis, knowledge of the general laws of analysis and the ability to correctly implement in writing and oral forms. Another factor of the effectiveness of such a process is the establishment at the legislative level of rules and requirements regarding the legal nature and technique of legal norms interpretation acts.

Key words: legal technique, interpretation of law, imperfection of legislation, legislative technique, law enforcement technique, interpretation technique.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.03

УДК 340.12

А.Є. КУБКО

Андрій Євгенович Кубко, *кандидат юридичних наук, докторант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*[*]

ORCID: 0000-0002-2870-8567

ДЕРЖАВНІ ІНТЕРЕСИ І ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЕРЖАВИ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ

Постановка проблеми. Проблема відповідальності держави сьогодні є однією із ключових у контексті наукового дослідження правової системи України, державного механізму, системи права. Наукове розуміння, нормативна регламентація відповідальності держави набули актуальності. Існування й розвиток інституту відповідальності держави стали об'єктивною необхідністю з точки зору забезпечення дотримання принципів правової держави. Так, наприклад, дотримання прав і свобод громадян позбавляється практичної змісту і стає значною мірою декларативним гаслом, якщо механізми притягнення держави до відповідальності за порушення прав і свобод відсутні або недостатньо ефективні. У контексті дослідження відповідальності держави провідне місце займає науковий аналіз державних інтересів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з досліджуваною проблематикою, розглядались у роботах зарубіжних та українських науковців, зокрема в працях Р. Дольцера (R. Dolzer), М. Райсмана (M. Reisman), А. Райніша (A. Reinisch), С. Шілля (S. Schill), Б. Кінгсбері (B. Kingsbury), Н.М. Оніщенко, Ю.С. Шемшученка, Н.М. Пархоменко, П.М. Рабіновича та інших.

© А.Є. Кубко, 2019

[*] ***Andrii Kubko,*** *Ph.D. in Law, Doctoral candidate of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Мета статті. Метою статті є вироблення теоретичних підходів до співвідношення відповідальності держави та державних інтересів з урахуванням положень науки та практики правозастосування з питань відповідальності держави на національно-правовому та міжнародно-правовому рівнях.

Виклад основного матеріалу. Говорячи в ретроспективному аспекті про становлення інституту відповідальності держави, необхідно сказати про приєднання України до Європейської Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини (далі – Конвенція) у 1997 р., а також до Договору до Енергетичної Хартії (далі – ДЕХ) у 1998 році. Ці міжнародні документи, хоча є різними за метою і сферою застосування, передбачають підстави відповідальності держави і запроваджують правові механізми такої відповідальності. Що стосується Конвенції, то вона передбачає відповідальність держав за недотримання встановлених нею гарантій прав і свобод людини. Така відповідальність реалізується шляхом звернення до Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) і подальшого виконання його рішень, прийнятих проти держави. Коли йдеться про ДЕХ, відповідальність держави настає у випадку порушення нею стандартів поводження з іноземними інвестиціями в енергетичному секторі. У цьому випадку відповідальність держави знаходить реалізацію шляхом звернення іноземних інвесторів до міжнародних арбітражних судів, визначених ДЕХ, уповноважених розглядати інвестиційні спори між інвестором та державою.

У 90-ті рр. минулого століття Україна приєдналась до ряду двосторонніх міждержавних угод про заохочення і взаємний захист інвестицій, відомих у світі як Bilateral Investment Treaties (далі – BIT). Ці угоди, подібно до ДЕХ, встановлюють положення про відповідальність держав за порушення прав іноземних інвесторів та запроваджують механізми притягнення держав до відповідальності. Враховуючи, що на сьогодні Україною укладено близько кількох десятків BIT та існує практика розгляду міжнародними судами спорів за ними з участю України, BIT становлять важливий аспект у розвитку інституту відповідальності держави, його науковому дослідженні й законодавчому регулюванні.

На важливості інституту відповідальності держави з точки зору становлення сучасної правової держави наголошують у наукових дослідженнях, присвячених проблемам теорії права. Даний інститут розглядають як одну з головних гарантій прав і свобод людини[1], як необхідний компонент на шляху розбудови правової держави[2] тощо.

Водночас держава є суб'єктом суспільних відносин, яка наділена власними інтересами. Існують інтереси держави, які об'єктивно потребують реалізації і захисту. Це інтереси, пов'язані із забезпеченням державного суверенітету, безпеки, територіальної цілісності, правопорядку, функціонування системи державного апарату, збереження матеріально-фінансових ресурсів держави.

Наявність державних інтересів як правового явища і необхідність їх реалізації закріплена у законах України. Наприклад, ЦК України одним із принципів цивільного законодавства визнає принцип судового захисту цивільного права та інтересу. Враховуючи, що згідно з положеннями ЦК України держава діє в цивільних відносинах на рівних засадах з іншими учасниками даних відносин, принцип судового захисту інтересу поширюються й на державні інтереси. Тим самим захист державного інтересу є однією із засад регулювання цивільних відносин, що встановлено на законодавчому рівні. Закон, крім цього, передбачає спеціальні процесуальні механізми для захисту державних інтересів в порядку судового провадження. Відповідно до ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р.[3] прокурор наділений повноваженнями на здійснення в суді представництва законних інтересів держави у разі їх порушення або загрози порушення. Звернення органів прокуратури для захисту державних інтересів в судовому порядку було передбачено й раніше чинним законодавством. У цьому контексті Конституційний Суд України тлумачив державні інтереси як інтереси, що закріплюються нормами Конституції України або нормам інших правових актів, мають у своїй основі потреби у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону земель як національного багатства, захист прав усіх суб'єктів права власності та господарювання тощо[4]. Як витікає із дослівного тексту формулювання, наведеного Конституційним Судом, перелік потреб, які становлять основу інтересів держави, носить відкритий характер. Коло інтересів, які можуть потенційно бути визнані державними і розглядатись як об'єкт захисту з боку органів прокуратури, може не обмежуватись інтересами, вказаними у рішенні Конституційного Суду. Це свідчить про те, що закон, тлумачення якого було надано Конституційним Судом, передбачав можливість достатньо широкого застосування правового механізму представництва прокуратурою інтересів держави в судах.

На важливість реалізації та захисту інтересів держави вказує й те, що згідно зі ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р.[5] інтереси держави визнані однією із складових національних інтересів України. Необхідність захисту державних інтересів виступає самостійною правовою підставою для обмеження приватних прав і законних інтересів у сфері майнових та особистих немайнових відносин, ускладнених іноземним елементом – у ситуаціях, коли такі права або законні інтереси визнані іноземним судовим рішенням або витікають із нього. Відповідно до ст. 468 ЦПК у виконанні рішення іноземного суду на території України може бути відмовлено, зокрема, у разі, якщо таке виконання загрожувало б інтересам України.

В Україні діють також законодавчі акти, спрямовані на забезпечення державних інтересів у певних специфічних сферах суспільних відносин. Наприклад, у 2005 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо додаткових гарантій захисту фінансових інтересів держави»[6]. Його зав-

дання полягало у посиленні забезпеченості фінансових інтересів держави шляхом запровадження правових механізмів, що, на погляд законодавця, були призначені не допустити порушення з боку суб'єктів підприємницької діяльності своїх обов'язків перед органами державної влади та місцевого самоврядування[7].

Державні інтереси є явищем правової дійсності, категорією, яка отримала законодавче визнання. Їх реалізація і захист – об'єктивна необхідність. Правова система України містить юридичні механізми, направлені на забезпечення інтересів держави у різних сферах суспільних відносин.

У контексті дослідження відповідальності держави забезпечення державних інтересів має певну проблемність. Вона пов'язана з тим, що державні інтереси, будучи об'єктивними, визнаними в правовій системі можуть входити у конфлікт із інтересами приватних осіб, колективів, організацій, іноді суспільства в цілому. Це відбувається внаслідок використання державою правових механізмів (нормотворчого, управлінського, правозастосовного характеру) для реалізації чи захисту державних інтересів. Те, що соціальне середовище і правова система зокрема не позбавлені конфлікту інтересів, визнано на доктринальному рівні. Можливість такого конфлікту розглядалась в юридичних та філософських наукових працях радянської доби, коли наука традиційно робила наголос на відсутності принципових соціальних конфліктів всередині тогочасного (соціалістичного) суспільства. Наприклад, І. Екімов вказував на можливість протиставлення приватних інтересів соціальних суб'єктів інтересам загальнодержавного характеру[8]. О. Здравомислов, підтримуючи позицію про об'єктивний збіг суспільних і особистих інтересів в умовах соціалістичного ладу, разом з тим визнавав існування протиріч між ними[9]. У 80-х рр. минулого століття В. Степанян запропонував виділяти такі форми конфліктів інтересів, як протиріччя, розбіжність та неузгодженість між інтересами[10]. Проблеми суперечності між соціальними інтересами аналізувалась і в пострадянський період. У контексті дослідження інтересу в галузі цивільного права С. Міхайлов згадує про колізію окремих інтересів, яка здатна зумовити конфлікт між суб'єктами – носіями цих інтересів[11].

Конфлікт інтересів як юридичне явище відомий і сучасному законодавству України. Поняття конфлікту інтересів закріплено в нормативних актах, що регулюють окремі специфічні види відносин, такі як відносини в сфері діяльності адвокатури, запобігання корупційним правопорушенням, банківської діяльності, аудиту державних установ. Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції»[12] 2011 р. визначав конфлікт інтересів як суперечність між особистими майновими, немайновими інтересами особи чи близьких їй осіб та її службовими повноваженнями, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, а також на вчинення чи невчинення дій під час виконання наданих їй службових повноважень. У 2014 р. згідно із Законом України «Про запобігання корупції»[13] було запроваджено поняття реального конфлікту інтересів та потенційного конфлікту інтересів. Реальний конфлікт інтересів визначено як суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень. Потенційний конфлікт інтересів розглядається як наявність у особи приватного інтересу в сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень.

Виникнення конфлікту між інтересами держави та інтересами приватного, колективного, суспільного характеру здатне завдати шкоди приватним, колективним, суспільним інтересам в процесі реалізації, захисту державою державних інтересів. Теза про те, що реалізація одних соціальних інтересів може призвести до порушення інших інтересів, які їм суперечать, знайшла відображення в наукових розробках радянської доби[14]. Ці підходи, які протягом десятиліть набули хрестоматійного характеру, не втратили своєї актуальності й сьогодні. І в більш сучасних дослідженнях прямо визнається, що конфлікт інтересів здатен в певних випадках зашкодити законним інтересам[15].

Дії, рішення держави (в тому числі ті, що спрямовані на забезпечення державного інтересу), які завдають шкоду приватним, колективним або суспільним інтересам, можуть бути підставою для відповідальності держави. З одного боку, державні інтереси визнані в правовій системі України, закріплені на рівні законодавства і правозастосовної практики, їх забезпечення державою є об'єктивною необхідністю. З іншого боку – ці державні інтереси виступають свого роду передумовою відповідальності держави: внаслідок застосування правових засобів реалізації державних інтересів можливе виникнення конфлікту, протиріччя, конкуренції інтересів держави із інтересами приватними, колективними, іноді суспільними. Такий конфлікт (протиріччя, конкуренція) інтересів за своєю природою здатен завдати шкоди законним інтересам особи, колективів, інтересам суспільства, тобто призвести до їх порушення. Внаслідок цього і виникають підстави для відповідальності держави за порушення прав та законних інтересів недержавних учасників суспільних відносин (громадян, організацій, колективів). Відповідальність держави внаслідок таких порушень може мати національно-правовий або міжнародно-правовий характер, або їх поєднувати.

Положення про те, що використання державою владних механізмів з метою реалізації або захисту державних інтересів за своєю природою здатне призвести до конфлікту між державним інтересом та іншими соціальними інтересами, порушити права та законні інтереси особи, є не лише теоретичним висновком, а й має практичний прояв. Це може бути продемонстровано наступним прикладом із практики ЄСПЛ.

У справі *Draft – Ova A.S. v. Slovakia*[16] ЄСПЛ визнав, що скасування остаточного судового рішення в порядку виключного провадження за зверненням генерального прокурора порушило принцип верховенства права і не відповідало гарантіям справедливого процесу, передбаченим ст. 6 Конвенції. Заявник – приватне

акціонерне товариство звернулось до національного суду держави-відповідача з вимогою про стягнення із компанії-боржника суми зобов'язань за векселями. Компанією-боржником виступало підприємство, частка держави у статутному капіталі якого становила спочатку п'ятдесят один відсоток, а пізніше – сто відсотків. У рамках національних проваджень суди підтримали вимоги компанії-заявника та зобов'язали відповідача сплатити кошти на користь заявника за векселями в розмірі більше 11 млн євро. Останнім рішенням з цього питання стало рішення апеляційного суду у квітні 2009 року. Відповідачем дане рішення оскаржене не було і у червні 2009 р. стало остаточним. У цей момент відповідач звернувся до Генерального прокуратора країни з клопотанням розпочати процес оскарження в порядку виключного провадження (extraordinary appeal) прийнятих судових рішень. Дане клопотання було задоволено генеральним прокурором, і він звернувся до Верховного Суду держави з поданням про перегляд остаточного судового рішення, раніше винесеного на користь заявника. Паралельно з цим було зупинено процес виконання даного судового рішення. Переглядаючи справу, Верховний Суд погодився із позицією Генерального прокурора, скасував оспорювані рішення і передав справу на новий розгляд до суду першої інстанції. Новий розгляд справи відбувався у 2012–2013 роках. За його результатами судами першої і апеляційної інстанції були прийняті рішення про відмову компанії-заявнику у позові.

У рішенні за скаргою заявника ЄСПЛ нагадав свою усталену практику щодо перегляду остаточних судових рішень в контексті принципу правової визначеності (legal certainty), яка є одним із аспектів верховенства права: перегляд остаточного судового рішення в порядку виключного (надзвичайного, наглядового тощо) провадження можливий лише за особливих обставин і з метою виправлення фундаментальних помилок або порушень; такий перегляд не повинен виступати завуальованою апеляцією (appeal in disguise) і не може здійснюватись лише через те, що одна із сторін бажає переглянути (переоцінити) питання права або факту, що вже вирішені судами.

У даній справі ЄСПЛ звернув особливу увагу на те, що аргументи, які були заявлені Генеральним прокурором (який діяв в інтересах підприємства, що знаходилось під контролем держави) під час виключного провадження у Верховному Суді, могли бути заявлені на стадії розгляду справи у суді першої або апеляційної інстанції і не було жодних обставин, які б заважали висловити ці аргументи раніше. Тому подання Генерального прокурора до Верховного Суду стало, по суті, продовженням апеляційної скарги, тобто, як висловився ЄСПЛ, завуальованою апеляцією (appeal in disguise). ЄСПЛ взяв до уваги, що суди першої і апеляційної інстанції, які розглядали справу заявника у 2005–2009 рр., всебічно дослідили обставини спору, а висновки в судових рішеннях були послідовними й узгодженими. Заінтересована особа (відповідач у справі – підприємство під контролем держави) не використала можливість оскаржити рішення апеляційного суду 2009 р. у касаційному порядку (тобто у порядку «звичайного» провадження), хоча такий механізм існував. На основі цього ЄСПЛ визнав порушення права заявника на справедливий суд, гарантованого ст. 6 Конвенції, а також порушення права на мирне володіння майном, передбачене ст. 1 Додаткового протоколу № 1.

У даній ситуації були наявні майнові інтереси держави, які полягали у підтриманні належних фінансово-економічних показників діяльності контрольованого державою підприємства, недопущення задоволення необґрунтованих вимог до нього, особливо з огляду на значний розмір таких вимог у грошовому виразі. Для захисту державних інтересів з боку держави було використано правовий механізм звернення Генерального прокурора до суду в порядку виключного провадження від імені державного підприємства. Застосування цього механізму призвело до конфлікту інтересів держави і приватних інтересів компанії-заявника, що призвів до порушення законних інтересів приватної особи (заявника). Внаслідок цього міжнародною судовою установою було прийнято рішення про відповідальність держави.

Схожі в цьому аспекті ситуації мали місце при розгляді ЄСПЛ скарг проти України. У справі *Maksymenko and Gerasymenko v. Ukraine*[17] ЄСПЛ встановив порушення державою прав заявників на мирне володіння майном, гарантованих ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Заявники набули житлові приміщення, але згодом були позбавлені прав власності на них за рішенням суду. Судове рішення було прийнято за результатом провадження, ініційованого прокурором. При цьому заявники набули майно добросовісно, але фактично були позбавлені можливості отримати компенсацію за позбавлення власності. Прокурор, вимагаючи визнання недійсним правочинів, за якими заявники набули житлові приміщення, посилався в тому числі на необхідність захисту економічних інтересів держави. По суті, мало місце застосування державою правових механізмів захисту своїх інтересів. Ці механізми полягали у зверненні прокурора до суду за захистом інтересів держави на підставі ст. 35 Закону України «Про прокуратуру», чинного на той час. Застосування державою даного механізму спричинило конфлікт між інтересами держави та приватними майновими інтересами осіб-заявників. Дії держави у державних інтересах призвели в кінцевому рахунку до відповідальності самої держави, тобто стали передумовою такої відповідальності.

З огляду на викладене важливим є наступне положення. Теоретичною основою в рамках аналізу проблеми відповідальності держави, яка (відповідальність) може наставати внаслідок забезпечення державою її інтересів і виникнення конфлікту, суперечностей, конкуренції між інтересами держави та іншими соціальними інтересами повинен стати підхід до розуміння природи відповідних державних інтересів. Державна належність цих інтересів – те, що держава виступає їх носієм – є важливою, але не єдиною достатньою ознакою. У світовій науковій літературі з проблем відповідальності держави розглядається питання про інтереси, цілі, завдання, які дають підстави державі застосовувати обмеження приватних прав та інтересів і виключають або певним чином зменшують її відповідальність за недотримання міжнародно-правових зобов'язань.

Аналіз наукових положень вказує на те, що дії держави щодо забезпечення державних інтересів, які навіть входять у конфлікт, певне протистояння із приватними правами та інтересами, є виправданими, якщо такі інтереси носять загальний (публічний) характер. Це інтереси, носієм яких є держава, вона їх виражає, прямо або опосередковано закріплює у нормативних актах і зобов'язана забезпечити. У цьому відношенні дані інтереси є державними інтересами. Але вони повинні водночас за своєю природою носити публічний характер, бути спрямованими на забезпечення загальних потреб, мати загальносуспільну цінність.

За умови, коли державні інтереси виступають публічними інтересами, їх реалізація, захист державою може бути виправданим і не призводити до відповідальності держави навіть у ситуації конфлікту цих інтересів із приватними інтересами, захист яких гарантовано на рівні міжнародного права. Професор Стефан Шілль (Stephan W. Schill) зазначає, що в сучасних наукових роботах із проблем відповідальності держав у сфері захисту іноземних інвестицій і прав інвесторів набув поширення підхід, за яким застосування міжнародно-правових стандартів поводження з іноземними інвестиціями, закріплених у BIT, не повинно перешкоджати можливості держав здійснювати регулювання у публічних інтересах[18]. Наведену тезу слід розуміти як те, що публічні інтереси виступають, узагальнено кажучи, теоретичним підґрунтям, що, так би мовити, «виправдовує» державу у її діях з обмеження прав та приватних інтересів і виключає за певних умов її міжнародно-правову відповідальність. Як приклад публічних інтересів, що в практиці міжнародних судових установ були визнані як такі, що можуть бути правомірною, з точки зору міжнародного права, підставою для застосування державою обмежувальних заходів, називають, зокрема, необхідність виконання імперативних вимог щодо реалізації ефективного нагляду в фіскальній сфері, захист суспільного здоров'я, забезпечення справедливості комерційних угод та захист споживачів[19].

Відповідно до позиції деяких міжнародних арбітрів, висловленої при розгляді спорів між державами та інвесторами, державні інтереси мають розглядатись як важлива обставина, що повинна братись до уваги при оцінці правомірності дій держави щодо інвестора. Баланс між інтересами держави і приватними інтересами (в даному випадку інтересами особи – іноземного інвестора) повинен ставати предметом прискіпливого аналізу. Це зумовлено тим, що держава представляє інтереси населення, є відповідальною за благополуччя суспільства і зобов'язана слугувати цілі добробуту громадян[20]. Як очевидно із наведеного підходу, заходи обмежень прав та приватних інтересів, що застосовуються з боку державної влади, можуть бути виправданими, коли вони здійснюються в державному інтересі. Але такий державний інтерес повинен виступати одночасно публічним інтересом.

Позиція, згідно з якою дії держави в державних інтересах, що можуть входити у конфлікт із приватними інтересами, є виправданими і не порушують міжнародно-правових гарантій прав особи за умови, якщо ці дії водночас здійснюються в публічних інтересах – знайшла певне відображення у практиці розгляду інвестиційних спорів за позовами інвесторів проти України. У справі *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*[21], яка розглядалась міжнародним арбітражним судом Торгової палати м. Стокгольм, позивач в одному з епізодів посилався на втручання з боку України у процедуру банкрутства господарюючого суб'єкта в енергетичному секторі. Як стверджував позивач, це призвело до порушення його майнових прав та законних інтересів і не відповідало міжнародно-правовими зобов'язаннями України за ДЕХ. Таке втручання мало місце, зокрема, внаслідок прийняття Закону України «Про заходи, спрямовані на забезпечення сталого функціонування підприємств паливно-енергетичного комплексу» від 23 червня 2005 р. № 2711-IV (Закон 2711-IV). Арбітражний суд не погодився із доводами позивача. Взявши до уваги мету цього закону, сферу застосування і передбачені ним правові механізми щодо фінансових розрахунків, арбітражний суд дійшов висновку, що Закон 2711-IV являв собою добросовісну спробу виправлення ситуації із станом розрахунків у паливно-енергетичному секторі, що були зумовлені серйозними недоліками у ціноутворенні та системі платежів; Закон 2711-IV не був спеціально спрямований на підприємство-боржника або на завдання майнової шкоди його кредиторам. Інакше кажучи, рішенням міжнародного суду було визнано, що дії держави, які в даному випадку полягали у прийнятті законодавчого акта, який заклав певний конфлікт інтересів держави та інтересів особи-інвестора, були виправданими з точки зору міжнародного права. Такі дії мали на меті не лише власне державний, а й публічний інтерес. Тобто державний інтерес у цій ситуації мав характер публічного інтересу. Це й було взято до уваги міжнародним арбітражним судом при вирішення питання про правомірність застосовуваних державою заходів.

Висновки. Проблема реалізації державних інтересів посідає одне з провідних місць у науковому дослідженні інституту відповідальності держави. Застосування державою правових механізмів, спрямованих на забезпечення державних інтересів, є необхідністю, однак воно здатне призвести до конфлікту інтересів держави та інтересів інших соціальних суб'єктів. Це може мати наслідком юридичну відповідальність держави. Така відповідальність має національно-правовий та міжнародно-правовий аспекти. З точки зору доктринальних і нормативних положень про відповідальність держави є виправданим застосування державою правових механізмів для реалізації, захисту тих державних інтересів, які одночасно є публічними інтересами. Публічний характер державних інтересів, що забезпечуються державою, навіть у разі їх конфлікту з іншими соціальними інтересами виступає в ряді ситуацій підставою розцінювати дії держави як правомірні з точки зору дотримання прав людини, верховенства права, міжнародно-правових зобов'язань.

[1] Оніщенко Н.М., Сунєгін. С.О. Відповідальність держави перед особою в контексті розвитку громадянського суспільства. *Держава і право. Юридичні і політичні науки.* 2014. Вип. 64. С. 8.

[2] Середюк В.В. Відповідальність держави як елемент поняття «правова держава». *Часопис Київського університету права.* 2015. № 1. С. 44.

[3] Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18

[4] Справа про представництво прокуратурою України інтересів держави в арбітражному суді: рішення Конституційного суду України від 8 квітня 1999 р. № 1-1/99. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99

[5] Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19?lang=ru

[6] Про внесення змін до деяких законів України щодо додаткових гарантій захисту фінансових інтересів держави: Закон України від 16 червня 2005 р. № 2664-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-15

[7] Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо додаткових гарантій захисту фінансових інтересів держави». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=15031

[8] Экимов И.А. Интересы и право в социалистическом обществе. Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1984. С. 38–39.

[9] Здравомыслов А.Г. Потребности. Интересы. Ценности. Москва: Политиздат, 1986. С. 101.

[10] Степанян В.В. Социальные интересы и социалистическое право. Ереван: Из-во АН Армянской ССР, 1980. С. 59–65.

[11] Михайлов С.В. Интерес как общенаучная категория и ее отражение в науке гражданского права». *Государство и право*. 1999. № 7. С. 89.

[12] Про засади запобігання і протидії корупції: Закон України від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3206-17

[13] Про запобігання корупції: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18

[14] Степанян В.В. Социальные интересы и социалистическое право. Ереван: Из-во АН Армянской ССР, 1980. С. 59–65.

[15] Субочев В.В. Основы теории законных интересов. Москва: Проспект, 2006. С. 427.

[16] Draft – Ova A.S. v. Slovakia: ECHR Judgment, 9 June 2015. URL: https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"fulltext":["\"CASE%20OF%20DRAFT%20-%20OVA%20A.S.%20v.%20SLOVAKIA\""],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-155101"]}

[17] Maksymenko and Gerasymenko v. Ukraine: ECHR Judgment, 16 May 2013. URL: https://hudoc.echr.coe.int/rus#{"fulltext":["\"CASE%20OF%20MAKSYMENKO%20AND%20GERASYMENKO%20v.%20UKRAINE\""],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}

[18] Stephan W. Schill. International Investment Law and the Rule of Law / Amsterdam Law School Research Paper, No. 2017–18. P. 3.

[19] Benedict Kingsbury and Stephan W. Schill. Public Law Concept To Balance Investor's Rights With State Regulatory Actions In The Public Interest – The Concept of Proportionality / International Investment Law and Comparative Public Law, edited by Stephan W. Schill – Oxford University Press, 2010. P. 82.

[20] Andreas Kulick. Sneaking Through the Backdoor – Reflections On Public Interest In International Investment Arbitration / LCIA, Arbitration International, Vol. 29, Issue 3, 2013. P. 438.

[21] Limited Liability Company Amto v. Ukraine: Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Final Award, 26 March 2008. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf

References:

Onischenko, N.M., Suniehin, S.O. (2014). *Vidpovidal'nist' derzhavy pered osoboiu v konteksti rozvytku hromadians'koho suspil'stva*. Derzhava i pravo. Vyp. 64. 8.

Serediuk, V.V. (2015). *Vidpovidal'nist' derzhavy iak element poniattia «pravova derzhava».* Chasopys Kyivs'koho universytetu prava. № 1. 44.

Pro prokuraturu: Zakon Ukrainy vid 14 zhovtnia 2014 r. № 1697-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18

Sprava pro predstavnytstvo prokuraturoiu Ukrainy interesiv derzhavy v arbitrazhnomu sudi: rishennia Konstytutsijnoho sudu Ukrainy vid 8 kvitnia 1999 r., № 1-1/99. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99

Pro natsional'nu bezpeku Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 21 chervnia 2018 r. № 2469-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19?lang=ru

Pro vnesennia zmin do deiakykh zakoniv Ukrainy schodo dodatkovykh harantij zakhystu finansovykh interesiv derzhavy: Zakon Ukrainy vid 16 chervnia 2005 r. № 2664-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-15

Poiasniuval'na zapyska do proektu Zakonu Ukrainy «Pro vnesennia zmin do deiakykh zakoniv Ukrainy schodo dodatkovykh harantij zakhystu finansovykh interesiv derzhavy». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=15031

Ekymov, Y.A. (1984). *Ynteresy y pravo v sotsyalystycheskom obschestve.* L.: Yzd-vo Lenynhradskoho un-ta

Zdravomyslov, A.H. (1986). *Potrebnosty. Ynteresy. Tsennosty.* M.: Polytyzdat.

Stepanian, V.V. (1980). *Sotsyal'nye ynteresy y sotsyalystycheskoe pravo.* Erevan: Yz-vo AN Armianskoj SSR.

Mykhajlov, S.V. (1999). Ynteres kak obschenauchnaia katehoryia y ee otrazhenye v nauke hrazhdanskoho prava» / Hosudarstvo y pravo. № 7. 89.

Pro zasady zapobihannia i protydii koruptsii: Zakon Ukrainy vid 7 kvitnia 2011 r. № 3206-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3206-17

Pro zapobihannia koruptsii: Zakon Ukrainy vid 14 zhovtnia 2014 r. № 1700-VII URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18

Subochev, V.V. (2006). *Osnovy teoryy zakonnykh ynteresov.* M.: Prospekt.

Резюме

Кубко А.Є. **Державні інтереси і відповідальність держави: деякі питання співвідношення.**

У статті розглядаються питання становлення, ролі, правового регулювання інституту відповідальності держави, аналізується питання відповідальності держави у зв'язку із реалізацією державних інтересів. Досліджуються аспекти конфлікту дер-

жавних інтересів з іншими соціальними інтересами. Зроблено висновок, що застосування державою владних механізмів реалізації державних інтересів здатне призвести до конфлікту інтересів і мати наслідком юридичну відповідальність держави. Водночас у разі, якщо такі державні інтереси виступають публічними інтересами, застосування державою обмежувальних правових механізмів щодо прав та законних інтересів решти соціальних суб'єктів є виправданим.

Ключові слова: інтерес, державний інтерес, держава, відповідальність держави, конфлікт інтересів.

Резюме

Кубко А.Е. **Государственные интересы и ответственность государства: некоторые вопросы соотношения.**

В статье рассматриваются вопросы становления, роли, правового регулирования института ответственности государства, анализируются вопросы ответственности государства в связи с реализацией государственных интересов. Исследуются аспекты конфликта государственных интересов с иными социальными интересами. Сделан вывод, что применение государством властных механизмов реализации государственных интересов способно привести к конфликту интересов и юридической ответственности государства. В то же время в случае, если такие государственные интересы выступают публичными интересами, применение государством ограничительных правовых механизмов относительно прав и законных интересов остальных социальных субъектов является оправданным.

Ключевые слова: интерес, государственный интерес, государство, ответственность государства, конфликт интересов.

Summary

Andrii Kubko. **The State Interests and the Responsibility of the State: some issues of interrelation.**

The matter of the responsibility of the state is of core importance in view of the modern legal system. The effective implementation of the responsibility of the state serves as a safeguard for securing a rule of law principle, the respect for human rights: absent such implementation these principles would be rendered nugatory.

The state responsibility has evolved during the Ukraine's move forward to the democratic, rule of law based nation. The country's acceding to the international law instruments in the area of human rights protection, such as the European Convention and bilateral investment treaties has also contributed to the process of strengthening of the responsibility of the state.

Currently the state's responsibility is governed by the significant segment of the domestic as well as the international law and is capable of effectuated both through the national judiciary and international courts and tribunals.

The matter of the responsibility of the state is closely interrelated with the issue of the state's interests implementation. The interests of the state are recognized both in the law and in the theory. The effective implementation of such interests, e.g. of those related to securing the national sovereignty, law and order, territorial integrity, due functioning of the state machinery etc. is an objective necessity.

At the same time the state, when implementing its interests, often has to restrict, limit, interfere with other social interests, e.g. those of private persons, social groups, civil society and the private rights. The measures implemented by the state on the legislative, governmental or judicial level aimed at implementation of the state's interests result on many occasions in the conflict between the respective state interests and those affected by such measures. This situation is capable of giving rise to the state held responsible for the violation of the undertaking in the area of human rights protection from the domestic or international law perspective.

Against the above background the state is to be said to be justified in implementing the measures restricting or interfering with the private, collective, social interests where such measures pursue not only the interest of the state, but collaterally the public interest. Thus the state interest, in order to justify the state's above measures should be a public in nature and be of general social value.

Key words: interest, state interest, state, responsibility of state, conflict of interests.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.04
УДК 351.746.1(477)

В.Т. ОКІПНЮК

Володимир Тарасович Окіпнюк, *кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Національної академії Служби безпеки України*[*]
ORCID: 0000-0002-1738-6478

КОМПЛЕКТУВАННЯ КАДРОВОГО СКЛАДУ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ В ПЕРІОД ПАНУВАННЯ ТОТАЛІТАРНОГО РЕЖИМУ (1929–1953 РР.)

Радянський тоталітарний режим в Україні спирався на мережу органів ДПУ–НКВС–НКДБ–МДБ, які забезпечували захист існуючої партійно-державної системи. Враховуючи важливість цих структур для функціонування владного механізму, партійно-державна верхівка відводила пріоритетну роль питанням їх комплектування політично відданими режиму особами, які б забезпечували дотримання «генеральної лінії партії» в проведенні каральної політики.

Кадровий склад радянських органів державної безпеки в Україні був предметом досліджень як радянських, так і сучасних вітчизняних і зарубіжних вчених. В.Д. Голіченко, В.В. Сенюшкін, О.І. Кокурін, М.В. Петров, К.В. Скоркін, М.Л. Сєряков, А.І. Колпакіді, В.Ф. Некрасов, О.М. Хлобустов, В.А. Золотарьов, В.І. Пристайко, В.М. Чисніков, Ю.І. Шаповал у своїх працях розкривали різні аспекти комплектування кадрового потенціалу радянських спецслужб. Але комплексного історико-правового дослідження порядку підбору кадрового поповнення в органи державної безпеки УРСР у період панування тоталітарного режиму, не проводилося.

Актуальний характер теми зумовлюється також і тим, що вивчення організації кадрового забезпечення радянських спецслужб дає можливість докладніше дослідити юридичний статус і правозастосовну діяльність самих органів державної безпеки, їх роль у механізмі тоталітарного владарювання.

Метою статті є історико-правовий аналіз основних юридичних механізмів, шляхів і способів комплектування кадрового складу радянських органів державної безпеки в Україні в період панування тоталітарного режиму. Під періодом панування тоталітарного режиму в Україні розуміється розвиток радянської партійно-державної системи в умовах утвердження та зміцнення в СРСР і УРСР режиму особистої влади Й.В. Сталіна і пов'язаних з цим змін в організації державного ладу та правової системи.

З початку 1930-х рр. найбільш поширеним способом поповнення кадрового складу було пряме зарахування відібраних кандидатів на посади в органи державної безпеки. Порядок вивчення цих осіб був докладно прописаний, врегульовувалася процедура спецперевірки. Низка наказів ДПУ УСРР (№ 24 від 27 січня 1931 р., № 32 від 4 лютого 1932 р., № 241 від 28 липня 1932 р., № 586 від 14 грудня 1933 р.) і ОДПУ (№ 63/с–1932 р., яким було оголошено керівництво з прийняття на службу в органи ОДПУ, та № 1215/с–1932 р. «Про порядок прийняття на службу в органи ОДПУ») забороняла прийняття на роботу співробітників у місцеві органи ДПУ без проведення всебічної спецперевірки та отримання на це санкції ДПУ УСРР[1].

Згідно з наказом НКВС СРСР від 29 січня 1935 р. № 0036 «Про недопуск до роботи знову прийнятих до апаратів ГУДБ без попередньої спецперевірки» заходи з перевірки кандидатів на службу в підрозділи ГУДБ–УДБ НКВС були посилені. Мали перевірятися відомості за анкетою спеціального призначення, зв'язки і коло знайомих кандидата за місцем народження, проживання та попередньої служби. Спецперевірка здійснювалася щодо всіх осіб, яких брали на службу, навіть стосовно колишніх співробітників органів ГУДБ за той період, коли вони перебували поза службою в органах НКВС[2].

Напередодні Другої світової війни наказом НКВС СРСР № 00802 «Про порядок надсилання та виконання запитів за спеціальною перевіркою» від 13 липня 1939 р. була оголошена інструкція про проведення спеціальної перевірки в органах НКВС. Встановлювалися два види спецперевірки – повна та неповна. Повна включала «установку» за місцем роботи, проживання, народження, перевірку за оперативним обліком, перевірку автобіографічних даних. Такій перевірці підлягав особовий склад підрозділів НКВС, від начальника відділення та вище, особи, які перебували на особливому обліку в запасі НКВС, працівники особливо режимних заводів і електростанцій. Неповна перевірка включала перевірку за оперативними обліками та «установки» за місцем народження і роботи. Вона поширювалася на всіх інших працівників НКВС, осіб, які перевірялися для отримання допуску до шифрувальної, мобілізаційної та секретної роботи, осіб, які приймалися на роботу до установ залізничного і водного транспорту на посади, пов'язані з безпекою руху[3].

Специфікою відрізнявся підбір кадрів у воєнний час. У період 1943–1945 рр. комплектування відбувалося переважно за рахунок співробітників, відряджених з НКДБ СРСР (9033 особи). При цьому 1625 з них

© В.Т. Окіпнюк, 2019

[*] ***Volodymyr Okipniuk,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Head of the Department of the National Academy of the Security Service of Ukraine*

були працівниками, які щойно закінчили за скороченою програмою школи НКДБ СРСР, не мали практичного досвіду і не знали умов роботи в Україні. Випускники шкіл НКДБ СРСР становили на 1 квітня 1945 р. 37,7 % від наявного особового складу органів НКДБ УРСР. Частина відряджених до УРСР були непридатними до служби за фізичним станом або у зв'язку з наявністю не знятих стягнень, компрометуючих матеріалів тощо.

Другу за чисельністю категорію кадрового поповнення органів державної безпеки УРСР у цей час становили особи, прийняті на службу з місцевих партійно-комсомольських і радянських органів та партизанських загонів (3587 осіб). З них на оперативну роботу було оформлено 509 осіб. Всі вони були членами ВКП(б) або ЛКСМ, віком переважно до 30 років, як правило, з середньою освітою. За національним складом більше 90 % становили росіяни та українці.

Важливим джерелом комплектування кадрового складу були також колишні працівники органів державної безпеки УРСР, прикомандировані під час війни до органів НКВС–НКДБ тилових районів (2100 осіб). До НКДБ УРСР було також переведено 183 особи з органів контррозвідки «Смерш» і 616 осіб – з військ НКВС[4]. У червні 1945 р. НКДБ УРСР зверталося до ЦК КП(б)У з проханням про відкликання з органів «Смерш» у розпорядження НКДБ УРСР ще 160 осіб[5].

На 20 березня 1945 р. загальна чисельність особового складу органів НКДБ УРСР становила 14129 осіб (на 1 січня 1945 р. – 12 888 осіб), без урахування 1390 осіб, які за цей час звільнилися, були виключені зі списків та вибули з різних причин. Некомплект досягав 4279 посад (на 1 січня 1945 р. – 4455)[6].

У період війни суттєво знизився освітній рівень співробітників органів державної безпеки. Якщо у довоєнний час особи, які мали вищу освіту, становили 6 % від загального кількості співробітників, то у 1945 р. цей показник дорівнював лише 3 %. На 1 січня 1945 р. вищу освіту в органах НКДБ УРСР мали 435 осіб. Серед місцевих керівників – лише п'ять начальників обласних УНКДБ, 16 начальників міськвідділів, 24 начальники міськрайвідділень[7].

Втім, рівень «партійності» в органах державної безпеки, навпаки, підвищився. Згідно зі штатним розкладом НКДБ УРСР на 1 лютого 1945 р. нарком і його заступники, а також начальники управлінь, відділів та інших відокремлених підрозділів центрального апарату НКДБ УРСР були членами партії. Високим був також ступінь політизації рядового особового складу. Наприклад, із 46 співробітників відділу кадрів НКДБ УРСР лише один був безпартійним, а зі 178 співробітників відділів кадрів обласних УНКДБ – 17 безпартійних осіб[8].

У повоєнний час продовжувалося поповнення органів державної безпеки в Україні за рахунок прямого зарахування на службу партійних функціонерів та спеціально відібраних рядових комуністів і комсомольців. Відповідно до рішення ЦК КП(б)У від 8 вересня 1944 р. «Про відбір комуністів і комсомольців для роботи в органах НКДБ» до органів НКДБ партійними структурами відбиралися особи, які призначалися на посади та допускалися до оперативної роботи. Обкоми КП(б)У затверджували списки відібраних осіб на бюро обкомів. Так, у січня 1945 р. в УНКДБ Ворошиловградської області подібним чином було відібрано 45 осіб[9].

Практикувався підбір на роботу в органи НКДБ випускників вищих навчальних закладів. У червні 1945 р. НКДБ УРСР просило ЦК КП(б)У про направлення шести випускниць Одеського інституту іноземних мов для роботи в органах НКДБ на посадах перекладачів з німецької, французької та англійської мов[10].

Комплектування органів державної безпеки відбувалося шляхом переведення співробітників з інших каральних органів. У зв'язку з ліквідацією міських і районних органів МВС і значним некомплектом керівного оперативного складу міських і районних органів МДБ, керівництво МДБ УРСР 3 листопада 1950 р. просило ЦК КП(б)У передати 188 звільнених осіб в розпорядження МДБ УРСР, а 16 листопада надало до ЦК їх заплановані посади в МДБ. З подібними проханнями до ЦК КП(б)У зверталися також керівники обкомів і обласних УМДБ УРСР[11].

Під час масових репресій, проведення яких потребували залучення значної кількості співробітників, партійні структури оголошували «мобілізацію» до органів державної безпеки комуністів та комсомольців. «Мобілізації» (спочатку осіб, які перебували на особливому обліку або в запасі органів державної безпеки, а згодом – перевірених і спеціально відібраних комуністів і комсомольців), як спосіб поповнення кадрів органів державної безпеки, використовувалися упродовж усього досліджуваного періоду. Вони носили певною мірою хвилеподібний характер, що був зумовлений масштабами репресивних акцій, які планувалися владною верхівкою. Можна виділити кілька таких сплесків. Перший припадає на 1930–1933 рр., коли були потрібні додаткові кадрові ресурси для проведення примусової колективізації, «розкуркулення», забезпечення державних заготівельних кампаній і організації голодомору. У цей період тільки протягом січня – вересня 1930 р. за рішеннями ПБ і Секретаріату ЦК КП(б)У до тимчасової роботи в органах ДПУ було залучено близько 1 тис. осіб, які перебували на особливому обліку в органах державної безпеки[12]. Згідно з наказом ДПУ УСРР № 161 від 23 червня 1931 р. цю категорію «мобілізованих» наказувалось до 5 липня 1931 р. звільнити. Наступні «мобілізації» дозволялося здійснювати тільки з санкції АОУ ДПУ УСРР[13].

Наступний сплеск процесів прямого зарахування на службу до органів державної безпеки припадає на 1938–1939 роки. Його спричинив «кадровий голод» в НКВС УРСР, пов'язаний з наслідками репресій серед самих «чекістів». Згідно з довідкою начальника відділу кадрів НКВС УРСР у центральному апараті НКВС УРСР, НКВС Молдавської АРСР і обласних УНКВС були вакантними 671 посада, у тому числі 187 посад начальників відділень і помічників начальників відділень та 484 посади оперуповноважених і помічників оперуповноважених.

Вирішенню питань кадрового забезпечення органів державної безпеки була присвячена низка постанов ПБ ЦК КП(б)У – від 20 лютого, 3 серпня, 27 вересня, 1 і 5 жовтня 1938 року. Їх відбір мали проводити завідділом керівних парторганів ЦК КП(б)У спільно з представниками НКВС УРСР і секретарі обкомів спільно з начальниками УНКВС. На постійну роботу до органів НКВС УРСР були відряджені або тимчасово «мобілізовані» понад 1 тис. комуністів і кандидатів у члени партії. Вказані заходи здійснювалися на підставі затвердженої розверстки по областях[14].

Найбільш виразно процес «комунізації» підбору керівного складу органів державної безпеки було відображено у постанові ПБ ЦК КП(б)У від 8 січня 1939 р. (протокол № 6, п. 48-оп.) «Про керівних робітників НКВС УРСР». Вона передбачала ротацію начальників УНКВС, окремих відділів та управлінь центрального апарату НКВС УРСР. Із семи призначених начальників УНКВС жоден не мав досвіду роботи в органах державної безпеки. Однак всі з них до призначення займали керівні посади (секретарів або завідувачів відділів) у місцевих структурах КП(б)У[15].

У 1938–1939 рр. відбувся масштабний «партійно-комсомольський призов» до органів державної безпеки. Серед «призовників» переважали особи віком від 25 до 35 років, з нижчою, середньою або незакінченою вищою освітою, партійним стажем з кінця 1920-х – початку 1930-х років. За національною належністю понад 60 % становили українці, близько 30 % – росіяни і 10 % – євреї[16].

Від середини 1930-х рр. формується ще один спосіб кадрового поповнення органів державної безпеки УРСР, який передбачав відбір на підставі певних критеріїв кандидатів для проходження спеціальної підготовки у відомчих навчальних закладах з їх подальшим призначенням на оперативні посади у відповідні підрозділи НКВС–НКДБ–МДБ.

У Москві 29 травня 1930 р. була створена школа з підготовки та перепідготовки «чекістських кадрів», яка з 4 червня 1930 р. отримала назву Центральної школи ОДПУ. Перший випуск слухачів відбувся у другій половині березня 1931 року. З січня 1932 р. у школі були запроваджені трьохмісячні курси підготовки та перепідготовки керівного складу від начальників управлінь, відділів ПП ОДПУ до начальників відділень. 14 липня 1934 р. Центральна школа ОДПУ була перейменована у Центральну школу ГУДБ НКВС СРСР (з 21 березня 1939 р. – Вищу школу НКВС СРСР, з 27 березня 1941 р. – Вищу школу НКДБ СРСР) і зосередила увагу на перепідготовці оперативного складу УДБ. Були введені нові потоки з термінами навчання дев'ять місяців (для вищого керівного складу), один рік (для старшого оперативного складу) і два роки (для середнього оперативного складу)[17].

Випускники Центральної школи поповнювали оперативні підрозділи органів державної безпеки УСРР. Наприклад, з 2-го набору, випуск якого відбувся в грудні 1931 р., після завершення стажування до органів ДПУ УСРР було призначено 68 співробітників: до місцевих територіальних органів ДПУ – 61 особа, до прикордонних загонів – дві особи, до транспортних органів ДПУ – п'ять осіб. Персональний розподіл закріпив наказ ДПУ УСРР № 97 від 16 квітня 1932 року[18].

Забезпечити зростаючі потреби органів державної безпеки в кадрах Центральна школа не могла. Тому 10 серпня 1935 р. було видано наказ НКВС СРСР № 00306 «Про організацію та комплектування 1 набору 10-ти міжкрайових шкіл із підготовки оперативного складу УДБ» – Московської, Київської, Тифліської, Ташкентської, Ростовської, Свердловської, Новосибірської, Горьківської, Алма-Атинської та Ленінградської. Ці навчальні заклади мала щорічно забезпечувати набір до 2 тис. слухачів[19]. Відбір кандидатів 1-го набору було оголошено наказом НКВС СРСР № 00317 від 28 серпня 1935 р. «Про набір слухачів до міжкрайових шкіл з підготовки працівників УДБ»[20].

Особлива увага зверталася на перевірку кандидатів на навчання. У циркулярі НКВС УСРР № 12 від 2 вересня 1936 р., наприклад, зазначалося, що внаслідок неякісної спецперевірки, проведеної Дніпропетровським і Харківським УНКВС, на навчання до Київської міжкрайової школи було зараховано кілька курсантів, які приховали своє соціальне походження й навіть судимість. Відповідальність за підбір і перевірку кандидатів на навчання до шкіл ГУДБ покладалася на начальників УНКВС[21]. Наступним циркуляром НКВС УСРР № 20 від 27 листопада 1936 р. вказувалося на обов'язковість виконання органами НКВС запитів щодо спецперевірки кандидатів на навчання до Київської міжкрайової школи УДБ[22].

Комплектування відомчих закладів органів державної безпеки відбувалося в межах розверстки, яка доводилася по партійній лінії постановами ПБ ЦК ВКП(б), ПБ ЦК КП(б)У та інших вищих партійних інстанцій, а по лінії органів державної безпеки – наказами НКВС–НКДБ–МДБ СРСР і УРСР. У такому порядку в 1935 р. УСРР мала забезпечити комплектування Київської міжкрайової школи в кількості 300 осіб і Ташкентської міжкрайової школи в кількості 20 осіб. На 1938 р. розверстка для Центральної та Київської міжкрайової шкіл становила 120 і 300 осіб відповідно. Кандидати, як і раніше, мали відбиратися з числа особливо перевірених членів і кандидатів у члени КП(б)У та членів ЛКСМУ, які не досягли 28-річного віку. Для відбору до Центральної школи кандидати повинні були мати вищу освіту, до міжкрайових шкіл – середню[23]. Так само комплектувалися школи з підготовки оперативного складу органів державної безпеки і в 1939–1940 роках[24].

Основне кадрове поповнення органів державної безпеки УРСР відбувалося переважно за рахунок випускників Київської міжкрайової школи. Циркуляром відділу кадрів НКВС УСРР № 21 від 3 грудня 1936 р. для перших 168 випускників встановлювалося двохмісячне стажування на посадах помічників оперуповноваженого. Згідно з наказом НКВС УРСР № 3 від 5 січня 1937 р. у центральний апарат НКВС УРСР направили 14 осіб, інші були відряджені до обласних УНКВС. Слухачів прикріпляли до досвідчених опера-

тивних працівників, які були їх керівниками в повсякденній роботі. Загальне керівництво та нагляд за організацією стажування здійснювали заступники начальників відділів. За підсумками стажування комісія під головуванням заступника начальника УНКВС у складі начальника відділу кадрів і начальника УДБ УНКВС проводила атестування стажерів і визначала посади, на які вони мали бути призначені в подальшому[25].

Другий випуск курсантів Київської міжкрайової школи провели в жовтні 1937 р. Відповідно до наказу НКВС УРСР № 319 від 23 жовтня 1937 р. всім випускникам були присвоєні спеціальні звання сержанта державної безпеки[26].

У серпні 1938 р. відбувся достроковий випуск курсантів Київської міжкрайової школи ГУДБ НКВС СРСР[27]. Вона зазнала реорганізації й змінила місце розташування. На підставі розпорядження наркома внутрішніх справ УРСР і наказу начальника Київської міжкрайової школи № 126 від 1 жовтня 1938 р. школа переїхала до Харкова. 19 жовтня було оголошено її штат, а 16 листопада 1938 р. відповідно до наказу НКВС СРСР № 0217 вона була перейменована в Українську міжкрайову школу НКВС з постійною дислокацією в Харкові[28].

Крім міжкрайових шкіл партійні структури здійснювали підбір слухачів до спеціалізованих навчальних закладів, наприклад, шкіл зовнішньої розвідки НКВС, які готували розвідників для підрозділів зовнішнього спостереження ГУДБ-УДБ[29].

У післявоєнний час в УРСР було відновлено існування шкіл для підготовки співробітників органів державної безпеки та створено нові навчальні заклади. Їх комплектування відбувалося на підставі відповідних рішень ЦК КП(б)У щодо розверстки по областях. Обкоми КП(б)У визначали кандидати на навчання.

Харківська міжкрайова школа НКДБ СРСР почала працювати в лютому 1945 р. На навчання, що становило один рік, планувалося направити 300 осіб. З 18 червня 1945 р. запрацювали місячні курси з підготовки оперативних працівників, прийнятих за рекомендацією партійних організацій, розраховані на 60 місць[30].

Згідно з рішеннями ОБ ЦК КП(б)У і ЦК КП(б)У від 22 серпня 1945 р. прийнятим на підставі листа наркома державної безпеки УРСР С.Р. Савченка № 1676/с від 31 липня 1945 р. планувалося відібрати з-поміж комуністів і комсомольців віком від 18 до 35 років з освітою від семи класів і вище, придатних за станом здоров'я та іншими якостями до роботи в НКДБ, 600 осіб і направити їх в Харківську міжкрайову школу[31]. Обкоми КП(б)У звітували про відбір кандидатів. На 1 листопада 1945 р. відібрали 509 осіб[32].

Харківська міжкрайова школа МДБ УРСР навесні 1947 р. здійснила випуск курсантів 2-го річного набору. Керівництво МДБ УРСР у наказі № 0082 від 11 квітня 1947 р., виданому з цього приводу, наголошувало на тому, що основними якостями для випускників, як майбутніх співробітників радянських органів державної безпеки, мають бути «безмежна відданість партії Леніна-Сталіна і особисто вождю партії товаришу Сталіну», готовність «виконати будь-яке завдання партії, не шкодуючи свого життя», постійне удосконалення «ідейно-політичного й чекістського зростання» і «бездоганне виконання службового обов'язку»[33].

Підготовча робота зі створення міжкрайової школи у Львові розпочалася на початку 1945 р., коли за поданням НКДБ УРСР була прийнята постанова Бюро Львівського обкому КП(б)У «Про організацію в місті Львові 2-ї міжкрайової школи НКДБ СРСР»[34]. Під школу була виділена будівля колишнього польського ліцею, яка складалася з трьох корпусів. Їх докладний опис, план та фото були надані до ЦК КП(б)У заступником НКДБ УРСР по кадрам М. С. Ступницьким у листопаді 1945 року. Львівська міжкрайова школа мала забезпечувати підготовку та перепідготовку кадрів для органів НКДБ західних областей УРСР. Відповідно до цього планувалося побудувати програму навчання та підбір слухачів[35].

Безпосередньо організацію Львівської міжкрайової школи МДБ СРСР (згодом для зашифровки своєї діяльності вона проходила в документах як військова частина № 357 МДБ СРСР) закріпив наказ МДБ СРСР № 00563 від 27 грудня 1946 року[36]. Для прийняття кандидатів на навчання створювалася мандатна комісія під головуванням виконуючого обов'язки начальника міжкрайової школи, у складі заступника начальника навчального закладу, представника МДБ УРСР і заступника начальника УМДБ Львівської області. Вона спільно з представниками Управління кадрів МДБ УРСР і Львівського обкому КП(б)У приступила до роботи з 10 січня 1947 року.

Підбір кандидатів на навчання здійснювався упродовж 1946 – початку 1947 рр. зі складу «партійно-комсомольського активу» обласними УМДБ і обкомами ЦК КП(б)У відповідно до рішень ЦК КП(б)У від 23 серпня 1945 р. і 20 червня 1946 р. за встановленими планами. Навчання у Львівській школі розпочав з березня 1947 р. 401 курсант. 225 кандидатів на навчання були відряджені до обласних УМДБ через невідповідність умовам прийняття. З них 89 осіб – за станом здоров'я, 67 осіб – у зв'язку з незавершеністю їх спецперевірки та 20 осіб – внаслідок наявності щодо них компрометуючих матеріалів[37].

Випуски курсантів Львівської школи МДБ відбулися у травні та жовтні 1948 року. Відповідно, у цей же час, були оголошені чергові набори, створювалася мандатна комісія з працівників МДБ УРСР, яка спільно з представниками Львівського обкому КП(б)У проводила прийом і зарахування кандидатів[38].

За підсумками відбору курсантів видавалися накази МДБ УРСР, в яких аналізувалися результати роботи кадрових апаратів УМДБ з комплектування шкіл МДБ. Згідно з наказом МДБ УРСР № 00399 від 18 грудня 1948 р. у Львівській школі МДБ навчання чергового набору курсантів розпочалося з 1 грудня 1948 року. Із 318 кандидатів було зараховано 235 осіб. Справи на 72 особи, як такі, що не відповідали вимогам прийому, та на 11 осіб, через завершення роботи мандатної комісії, відправили до обласних УМДБ. Найбільшу частину відсіяних кандидатів, 50, становили особи, визнані непридатними до навчання за станом здоров'я. Недостатню кількість кандидатів, яка не відповідала розверстці, надіслали УМДБ Дніпропетровської, Київської, Миколаївської і Житомирської областей. УМДБ Волинської області взагалі не надіслало жодного кандидата на навчання[39].

Школи МДБ, розташовані в Україні, у подальшому продовжували поповнюватися за рахунок розверсток, визначених партійними органами. Згідно з постановою ПБ ЦК КП(б)У від 8 травня 1950 р. передбачалося відібрати 360 комуністів і комсомольців до шкіл МДБ. Про виконання цієї постанови обкоми КП(б)У протягом червня – липня 1950 р. звітували до ЦК КП(б)У[40].

Таким чином, комплектування кадрового складу органів державної безпеки здійснювалося кількома способами. Перший з них полягав у прямому призначенні («мобілізації») представників «партійно-комсомольського активу», як правило, без проходження ними навчання та спеціальної підготовки на посади в органи державної безпеки. «Мобілізація» комуністів, комсомольців і осіб, які перебували на особливому обліку, як шлях кадрового поповнення органів державної безпеки використовувалася владою постійно, упродовж всього періоду панування тоталітарного режиму. Це було спричинено насамперед потребами організації та проведення в країні масових репресивних акцій.

Другим способом кадрового забезпечення органів державної безпеки у цей період був відбір осіб, які відповідали встановленим вимогам, і зарахування їх на навчання до спеціальних відомчих закладів. Спочатку на навчання направляли тільки до Центральної (Вищої) школи НКВС–НКДБ–МДБ СРСР. Після створення влітку 1935 р. системи загальних, а згодом і спеціалізованих відомчих навчальних закладів на місцях – до міжкрайових шкіл. В УРСР у різний час діяли Київська (з 1938 р. – Харківська) міжкрайова школа та Харківська школа зовнішньої розвідки НКВС СРСР. Наприкінці війни і в повоєнний час була відновлена Харківська міжкрайова школа НКДБ–МДБ і створена Львівська міжкрайова школа МДБ.

З метою докладного вивчення кандидатів, насамперед на предмет їх політичної відданості правлячому режиму, була введена процедура спецперевірки. Вона передбачала вивчення особи, її зв'язків і оточення за місцем народження, навчання, проживання, роботи, перевірку анкетних даних і т. д.

Незалежно від способу підбору майбутні співробітники органів державної безпеки мали відповідати певним вимогам. Вони мали бути членами, кандидатами в члени ВКП(б) або членами ВЛКСМ, ретельно перевіреними з точки зору їх політичних поглядів і стосовно яких були відсутні компрометуючі матеріали. Інші вимоги варіювалися залежно від того, до яких підрозділів планувалося направити особу – проходження військової служби в РСЧА, вік, відповідна освіта (середня або вища), стан здоров'я, який відповідав потребам майбутньої служби тощо.

З другої половини 1930-х рр. акцент щодо вимог до кандидатів, які підлягали прямому зарахуванню до органів НКВС, змістився в бік обов'язкової наявності у них політичної відданості режиму. Підтвердженням може слугувати практика «партійно-комсомольського призову» до органів державної безпеки, тобто прямого набору на оперативні посади винятково представників «партійно-комсомольського активу». Ця практика продовжувалася також у воєнний і повоєнний час.

Жорсткі вимоги щодо відбору кадрів дали можливість укомплектувати апарат радянської спецслужби в Україні слухняними виконавцями волі партійно-державної верхівки, що забезпечувало надійний захист існуючої системи владарювання. В умовах панування тоталітарного режиму це мало трагічні наслідки для мільйонів людей, які стали жертвами злочинної політики партійно-радянського керівництва.

---

[1] *ГДА СБ України*. Ф. 9. Спр. 286. Арк. 33; Спр. 287. Арк. 117; Спр. 666. Арк. 93, 96, 111.

[2] Там само. Спр. 3 (СРСР). Арк. 2–2зв.

[3] Там само. Спр. 6 (СРСР). Арк. 24–26.

[4] *ЦДАГО України.* Ф. 1. Оп. 23. Спр. 2426. Арк .2–4 зв. Спр. 2431. Арк. 3, 21, 22.

[5] Там само. Спр. 2426. Арк. 39–44.

[6] Там само. Арк. 2–4 зв.

[7] Там само. Спр. 2431. Арк. 18, 30.

[8] Там само. Спр.2433. Арк.1–86; Спр.2431. Арк.9–10.

[9] Там само. Спр. 2432. Арк. 1–8, 34, 38.

[10] Там само. Спр. 2427. Арк. 24.

[11] Там само. Оп. 24. Спр. 103. Арк. 364–381, 405–422, 382–387, 404, 423.

[12] Там само. Оп. 7. Спр. 142. Арк. 84, 86, 100–104.

[13] *ГДА СБ України.* Ф. 9. Спр. 286. Арк. 92.

[14] *ЦДАГО України.* Ф. 1. Оп. 16. Спр.29. Арк. 2–4, 147–166; Спр.30. Арк. 1–10, 164–188, 193–210, 213–246; Спр. 31. Арк. 6–10.

[15] Там само. Спр.32, арк. 3–18.

[16] Окіпнюк В.Т. Органи державної безпеки УРСР (1922–1941 рр.): історико-правове дослідження: монографія. 2-ге вид., доопр. та доповн. Херсон: ФОП Грінь Д.С., 2017. С. 310–311.

[17] Вронська Т., Лясковська С. Особливості підготовки кадрів органів державної безпеки України в 1928-х – на початку 1948-х рр. *Радянські органи державної безпеки в Україні (1918-1991 рр.): історія, структура, функції*: матеріали круглого столу (м. Київ, 19 грудня 2013 р.). Київ: Інститут історії України НАН України, 2014. С. 177, 182; Постников Л.А. Краткий очерк истории Высшей школы КГБ СССР имени Ф. Э. Дзержинского. Москва, 1990. С. 31–33, 39, 45, 48.

[18] *ГДА СБ України.* Ф. 9. Спр. 287. Арк. 48–49.

[19] Там само. Спр. 3 (СРСР). Арк. 305 зв.

[20] Там само. Арк. 306.

[21] Там само. Спр. 290. Арк. 135.

[22] Там само. Арк. 144.

[23] *ЦДАГО України.* Ф. 1. Оп. 16. Спр.28. Арк. 142–144.
[24] Окіпнюк В.Т. Органи державної безпеки УРСР (1922–1941 рр.) … С. 300–301.
[25] *ГДА СБ України.* Ф. 9. Спр. 3. Арк. 2–9, 146.
[26] Там само. Арк. 332–334.
[27] *ЦДАГО України.* Ф. 1. Оп. 16. Спр. 29. Арк. 171.
[28] Вронська Т., Лясковська С. Особливості підготовки кадрів … С. 189–190.
[29] Окіпнюк В.Т. Органи державної безпеки УРСР (1922–1941 рр.) … С. 304–306.
[30] *ЦДАГО України.* Ф. 1. Оп. 23. Спр. 2427. Арк. 37; Спр. 2431. Арк. 5, 17; Спр. 2432. Арк. 36–37.
[31] Там само. Спр. 2436. Арк. 46.
[32] Там само. Спр. 2427. Арк. 72–73, 77, 86–92, 94-95, 104–107, 109–110. Спр. 2436. Арк. 57.
[33] *ГДА СБ України.* Ф. 9. Спр.119. Арк. 246–247.
[34] *ЦДАГО України.* Ф. 1. Оп. 23. Спр. 2432. Арк. 74.
[35] Там само. Арк. 79–86. Спр. 2436. Арк. 121–122.
[36] *ГДА СБ України.* Ф. 9. Спр.118. Арк. 6; Спр. 138. Арк. 77; Спр. 142. Арк. 134.
[37] Там само. Спр. 119. Арк. 251–253.
[38] Там само. Спр. 141. Арк. 132–133. Спр. 143. Арк. 43–44.
[39] Там само. Спр. 141. Арк. 219–222.
[40] *ЦДАГО України.* Ф. 1. Оп. 24. Спр.103. Арк.19, 239–241, 243, 246.

References:

HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 286 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 287 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 666 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 3 (SRSR) [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 6 (SRSR) [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 23. Spr. 2426 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 23. Spr. 2431 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 23. Spr. 2433 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 23. Spr. 2432 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 23. Spr. 2427 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 24. Spr. 103 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 7. Spr. 142 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 16. Spr. 29. [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 16. Spr. 30 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 16. Spr. 31 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 16. Spr. 32 [in Ukrainian].
Okipniuk, V.T. (2017). *State Security Authorities of the USSR (1922-1941): Historical and Legal Study.* Kherson: FOP Hrin D.S. [in Ukrainian].
Vronska, T., Liaskovska, S. (2014). Osoblyvosti pidhotovky kadriv orhaniv derzhavnoi bezpeky Ukrainy v 1928-kh – na pochatku 1948-kh rr. *Radianski orhany derzhavnoi bezpeky v Ukraini (1918–1991 rr.): istoriia, struktura, funktsii: materialy kruhloho stolu, 19 hrudnia 2013 r., m. Kyiv.* Kyiv: Instytut istorii Ukrainy NAN Ukrainy (pp. 156–197) [in Ukrainian].
Postnykov, L.A. (1990). Kratkyi ocherk ystoryy Vыsshei shkolы KHB SSSR ymeny F.E. Dzerzhynskoho [in Russian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 290 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 16. Spr. 28 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 3 [in Ukrainian].
TsDAHO Ukrainy. F. 1. Op. 23. Spr. 2436 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 119 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 118 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 138 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 142 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 141 [in Ukrainian].
HDA SB Ukrainy. F. 9. Spr. 143 [in Ukrainian].

Резюме

Окіпнюк В.Т. **Комплектування кадрового складу органів державної безпеки в Україні в період панування тоталітарного режиму (1929–1953 рр.).**

У статті здійснено історико-правовий аналіз основних способів поповнення кадрового складу органів державної безпеки УРСР у період панування тоталітарного режиму.

Охарактеризовано юридичну процедуру підбору, вивчення, зарахування на навчання або призначення на посади кандидатів на проходження служби в органах державної безпеки.

Ключові слова: радянські органи державної безпеки, НКВС, НКДБ, МДБ, кадровий склад, міжкрайові школи, тоталітарний режим.

Резюме

Окипнюк В.Т. **Комплектование кадрового состава органов государственной безопасности в Украине в период господства тоталитарного режима (1929–1953 гг.).**

В статье осуществлен историко-правовой анализ основных способов пополнения кадрового состава органов государственной безопасности УССР в период господства тоталитарного режима.

Охарактеризована юридическая процедура подбора, изучения, зачисления на учебу или назначения на должности кандидатов на прохождения службы в органах государственной безопасности.

Ключевые слова: советские органы государственной безопасности, НКВД, НКГБ, МГБ, кадровый состав, межкраевые школы, тоталитарный режим.

Summary

Volodymyr Okipniuk. **Recruitment of personnel of state security bodies in Ukraine during the domination of the totalitarian regime (1929–1953).**

The article deals with the historical and legal analysis of the main ways of replenishing the personnel of the state security bodies of the USSR during the domination of the totalitarian regime.

It was established that the formation of personnel of state security bodies was carried out in several ways. The first of these was the direct appointment ("mobilization") of representatives of the "party-Komsomol asset", as a rule, without their training and special training for positions in state security bodies.

The second method of staffing state security agencies during this period was to select persons who met the requirements and enroll them in training at special departmental institutions.

In the USSR, the Kyiv (since 1938 – Kharkiv) intercity school and the Kharkov School of Foreign Intelligence of the NKVD of the USSR operated at different times. At the end of the war and in the postwar period, the Kharkov interdistrict school of the KGB-MGB was restored and the Lviv interdistrict school of the MGB was established.

The candidates were thoroughly studied for their political allegiance to the ruling regime and underwent special screening. It provided for the study of a person, their relationships and surroundings at birth, study, residence, work, background checks, etc.

Regardless of the method of recruitment, future employees of national security agencies had to meet certain requirements. To be members, candidates for membership of the CPSU (b), or members of the WCCM, carefully scrutinized for their political views and for which there were no material. Other requirements varied depending on which units the person was intended to direct – military service at the NSCA, age, relevant education, secondary or higher, health status that met the needs of future service, etc.

Since the second half of the 1930s, the emphasis on the requirements for candidates who were directly enrolled in the NKVD bodies shifted towards the mandatory political commitment of the regime. This practice continued also in wartime and postwar times.

Key words: Soviet state security organs, NKVS, NKDB, MDB, staffing, intercity schools, totalitarian regime.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.05

УДК 341.24

В.О. ОСТАШОВА, Є.А. ЛИПІЙ, А.В. ПИВОВАР

Валерія Олександрівна Осташова, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Полтавської державної аграрної академії*[*]

ORCID: 0000-0002-6022-6680

Євгенія Анатоліївна Липій, *кандидат юридичних наук, доцент Полтавської державної аграрної академії*[**]

ORCID: 0000-0001-9952-838X

Артем Владиславович Пивовар, *студент Полтавської державної аграрної академії*[***]

СВЯЩЕННИЙ СОЮЗ: ПЕРЕДУМОВИ, СТВОРЕННЯ ТА ПЛАНИ НА ВСТАНОВЛЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ

Постановка проблеми. Перемога над французькою революцією та диктатурою Наполеона змусила європейських монархів замислитися над закріпленням таких завоювань, превенцією нових національно-визвольних рухів, встановленням нового міжнародного правопорядку в Європі. Такою інституцією, яка повинна була підтримувати колективну безпеку у світі, став Священний союз. Дослідження історії становлення міждержавних організацій, проблем їх функціонування та причин розпаду є особливо актуальними зараз, в період пошуку нових форм, методів та інструментів підтримки міжнародного правопорядку в Європі та світі в цілому.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання діяльності Священного союзу широко висвітлювалися у науковій спільності істориків, дипломатів, правників ще за імперського періоду (В.П. Даневський,

© В.О. Осташова, Є.А. Липій, А.В. Пивовар, 2019

[*] ***Valeriia Ostashova,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Poltava State Agrarian Academy*

[**] ***Yevheniia Lypii,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor of Poltava State Agrarian Academy*

[***] ***Artem Pyvovar,*** *student of Poltava State Agrarian Academy*

А.І. Михайловський-Данилевський, Ф. Лоренц, А. Клейншмідт) та у радянські часи (Ю.Я. Баскін, М.М. Болховітінов, Л.В. Марков, Д.І. Фельдман). Нині серед російських дослідників проблематикою займаються С.В. Богданов, Л.В. Мельникова, В.С. Парсамов, І.С. Савицька, А.Л. Хазін; серед вітчизняних вчених – Н-Т.Ю. Аношина, А.І. Дмитрієв, О.М. Сіваш, В.Г. Ціватий. На наш погляд, серед українських дослідників не приділено належної уваги діяльності Священного союзу як інституції, що була першою спробою встановлення системи колективної безпеки в Європі.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є визначення передумов, процесу створення та планів Священного союзу на встановлення міжнародного правопорядку.

Виклад основного матеріалу. Завершення наполеонівських воєн ознаменувалося Віденським конгресом, який мав наслідком тимчасове зміцнення феодально-аристократичної реакції. Незважаючи на присутність представників більшості європейських країн, провідна роль належала основним гравцям-переможцям над Наполеоном – Австрії, Англії, Пруссії та Росії.

Базуючись на так званому принципі легітимізму (від французького слова légitime – законний), висунутим Ш. Талейраном, конгрес підтримав відновлення на престолах колишніх династій, дворянських порядків у багатьох країнах. Проте декларування принципу легітимізму не могло залагодити усіх протиріч у таборі союзників. Найзапекліші суперечки точилися навколо польського та саксонського питань, у яких Росія категорично не відмовлялася від своїх вимог[1]. Кожна з країн-учасниць прагнула передусім задовольнити свої загарбницькі цілі, отримати зиск від переділу Європи та колоній. Зміцнення позицій Англії у Середземному морі, яка володіла о. Мальтою та Іонічними островами, викликало побоювання Франції і Росії. До того ж Франція не хотіла миритися з втратою своїх територій, завойованих після 1792 року. Для Австрії та Пруссії загрозливим було утворення Польського королівства. Через це тривалий мир не міг бути забезпечений Віденським конгресом. З метою закріплення завоювань Росії та втілення в життя принципу легітимізму Олександр І зініціював утворення постійно діючої організації – Священного союзу – своєрідної ідеологічної та воєнно-політичної надбудови над «віденською системою» дипломатичних відносин, заснованої під виглядом охорони християнства.

Дослідники російської державності другої половини XIX ст. відзначали імператора Олександра І як натуру ніжну, чутливу, людинолюбну, вільнодумну, сприйнятливу до всього високого душею. На підтвердження процитуємо уривок з листа «до одного з друзів, написаного ще за життя його бабусі, Катерини II, в якому виявлені схильності, які, здавалося б, мало відповідають його призначенню бути російським монархом»[2].

Ярослав Шедіви акцентував на виникненні Священного союзу як поступці релігійному фанатизму Олександра І. Чеський історик зазначав, що союз був спрямований проти всього прогресивного, в тому числі проти визначених самим царем відхилень від норми. Австрійський канцлер Меттерніх називав зазначений документ «пустий, хоча й дзвінкий папір». Він розповідав, як ще до проголошення союзу запросив Олександра І на обід до релігійної фанатички баронеси Крюденер до Парижу. Остання мала за словами австрійського міністра неабиякий вплив на російського імператора. На обіді стіл був сервірований на чотири персони. Проте четвертий гість не з'явився. Ним був Ісус Христос. За словами Олександра І, його надихає «світла невидима трійця», яку він порівнює з союзом католицизму, протестантизму і православ'я[3]. Сама баронеса називала російського імператора «білим янголом» на противагу Наполеону – «чорному янголу», називала його спасителем. До гуртка Крюденер були залучені й друзі царя – Рішильє, Поццо ді Борго, Каподістрія. Останній мріяв про союз Росії з Францією задля відродження турецького раю.

Дослідники відзначали сприйнятливість Олександра І до вчення нової Магдалини – Варвари Юлії фон Крюденер. Баронеса часто спілкувалася з російським імператором щодо християнської єдності всіх народів, таким чином налаштовуючи його на думки про Священний союз. Саме з Крюденер Олександр вперше поділився своїм проєктом[4]. Зважаючи на вищевказане й сам текст союзного договору за своєю формою та змістом був атиповим, несхожим на інші міжнародні угоди. Це у свою чергу було підставою для багатьох спеціалістів у сфері міжнародного права трактувати його як декларацію. Тим не менше, створена за договором організація проіснувала до середини XIX століття до кримської війни, хоча протиріччя в альянсі спостерігалися уже з 20-х років.

Договір Священного союзу було укладено в Парижі 14 (26) вересня 1815 р. урядами Росії, Австрії та Пруссії. Це була достатньо розпливчата заява про взаємодопомогу і співробітництво усіх християнських держав. Відповідно до норм угоди, правителі Росії, Австрії та Пруссії повинні були «відчувати себе членами єдиного народу християнського і вважатися государями, призначеними провидінням», зобов'язувалися надавати «пособництво, підкріплення та допомогу» одне одному.

Акт Священного союзу складався з преамбули та трьох статей, містив наступні положення: підтримка між державами узи братерської дружби; надання одне одному допомоги в разі дестабілізації міжнародного стану; управління своїми підданими у дусі братерства, миру і правди; вважати себе членами єдиного християнського співтовариства; у міжнародних справах керуватися євангельськими заповідями[5]. Характеризуючи документ, історик міжнародного права В.П. Даневський писав: «Під метафізично-богословською його оболонкою криється неймовірна суміш принципів релігійних, моральних, правових і політичних». Дослідник також визнає, що «праву приділено тут якесь невидиме місце, воно десь на задньому плані»[6].

Подальшими конгресами союзу було розширено зобов'язання держав-учасниць: скорочення збройних сил; взаємні гарантії недоторканності територій; створення міжсоюзницького штабу; визначення міжнарод-

ного статусу осіб єврейської національності, що піддавалися дискримінації в багатьох європейських країнах. Держави об'єдналися проти морського піратства, оголосили європейські річки вільними для судноплавства без будь-яких обмежень. Було підтверджено рішення Віденського конгресу щодо заборони работоргівлі.

За умовами договору усі, хто його визнав, могли приєднатися до союзу. Після затвердження до нього дійсно приєдналися майже всі європейські правителі, окрім римського папи, глави християнського світу, який вважав свій підпис зайвим, і турецького султана, який сповідував іслам. Англія також не приєдналася до союзу, хоча пропозиції від засновників були. Слід сказати, що саме в Англії до договору поставилися з найбільшою пересторогою. Тим не менше, відсутність підпису Англії під актом Священного союзу не завадила їй бути активним учасником усіх його конгресів.

Британську дипломатію турбувало зміцнення позицій Росії у Європі. Вона посилено шукала партнера для протидії цьому процесу. Каслрі вважав, що «з усіх держав лише Австрія в силу свого географічного розташування і політики могла б виявити протидію Росії», тому необхідно «направити політику сент-джеймського кабінету до того, щоб підтримувати Австрію, бути її покровителем і створити спільно з нею свого роду противагу переважаючій могутності Росії». Віденський кабінет не лише підтримував англійські демарші, направлені проти інтересів Росії, але й виступав у ролі підбурювача в дипломатичних інтригах. Російські правителі у Відні неодноразово відзначали прагнення канцлера Меттерніха «наскільки можливо побічно нам шкодити», впливаючи відповідним чином на союзних дипломатів, які знаходилися в австрійській столиці[7].

Османська імперія розглядала утворення союзу християнськими державами, об'єднаними саме на релігійних засадах, як загрозу з їх сторони та як намір Росії захопити Константинополь. 25 березня (7 квітня) 1816 р. нотою російського міністерства закордонних справ було заперечене таке судження та зазначено, що договір містить «непорушні основи європейського миру і загального добробуту». Невизначеність формулювань акта пізніше була уточнена ще в одному договорі про Четверний союз, підписаному уповноваженими Росії в Парижі 8 (20) листопада 1815 р., вже після поразки Наполеона при Ватерлоо, при підготовці до укладення мирного договору з Францією[8].

Не лише держави, які не були учасниками Священного союзу, а й члени альянсу боялися Росії. Багато хто з них погоджувалися з думкою Наполеона, висловленою на острові Св. Єлени, що Росія при відомій підприємливості може повторити і завершити ту справу, яку проводив він сам, – підкорення Європи. Навіть тих, хто не вірив у такі перспективи, не полишало занепокоєння[9].

Продовжують точитися дискусії щодо серйозності сприйняття європейськими державами акту альянсу, переважання думки про його абстрактність та декларативність. А.І. Дмитрієв відкидає такі думки, оскільки держави приєднувалися до Священного союзу при виконанні двох вимог: 1) визнання морально-етичних канонів акту; 2) дотримання принципів міждержавних відносин. За його словами, більш зобов'язуючого характеру цей документ мати не міг, оскільки тоді в ньому повинна була існувати норма щодо сповідування конкретних релігійних заповідей[10].

У США до створення Священного союзу спочатку ставилися зовсім не так вороже, як можна було б уявити. Навіть такий рішучий противник царського деспотизму й активний пропагандист республіканських принципів, як балтиморський щотижневик Х. Найлса «Уінклі рейджистер» у 1815–1816 рр. давав досить схвальні відгуки про політику Олександра I і виступав прихильником зближення з Росією. В основі проросійської позиції впливового щотижневика лежали не лише розповсюджена думка про лібералізм Олександра I, що виступав в ореолі миротворця і визволителя Європи, а й досить реальні розрахунки на підтримку могутньої імперії на випадок нових ускладнень з Англією[11].

О.І. Михайловський-Данилевський, який працював у часи діяльності Священного союзу, писав: «Це важливий акт, небувале до цього явище у політичному світі, залишається назавжди предметом благоговійного шанування нащадків, який мав на меті зміцнити добробут всесвіту поєднанням політики зі статутами Божественного закону. Ім'я Олександра, Винуватця Союзу, буде внесено до палких любителів роду людського, якого Він був частиною, славою, прикрасою»[12]. Сучасні російські науковці, на відміну від європейських, в цілому і зараз з певним пієтетом ставиться до ролі Олександра I та «його дітища», говорячи, що концепція об'єднаної Європи випереджала свій час, а миротворчий та інтеграційний проєкт створив передумови для перетворення «європейської ідеї» в життя.

Щодо оцінки кінцевої мети діяльності Священного союзу ми скоріше погодимося з думкою Ю.Я. Баскіна та Д.І. Фельдмана, хоча й не поділяючи в цілому засудження ними альянсу, які вбачали у намірах Австрії, Пруссії та Росії не стільки високу мету встановлення міжнародного правопорядку та гарантування миру, скільки підтримку недоторканності поновлених кордонів після Версальського конгресу та боротьбу із проявами «революційного духу»[13].

Яскравою рисою союзу було поєднання матеріальної основи (співвідношення сил держав-учасниць, досягнутого за результатами масштабного міжнародного збройного конфлікту) та ідеологічної (спільних цінностей, які поділяли її учасники – настанови християнства щодо підтримання миру)[14]. Для творців Союзу основним принципом стало збереження династичних режимів в ім'я інтересів миру. Політика інтервенцій стала запереченням принципів незалежності й рівності держав[15].

Б. Стрет зазначає про утопічність самої ідеї Священного союзу, аргументуючи це тим, що законодавчі положення не були зовнішньою рамкою, а визначалися зсередини – політикою[16]. Т. Хіпплер та М. Вец вказують на «парадокси миру», наголощуючи, що політика альянсу лише частково вписувалася в консервативне мислення, яке закликало до військових втручань проти повстань і революцій, загрозливих миру та стабіль-

ності[17]. Підтримує думку про парадоксальність і А. Бріску, наголошуючи, що Священний союз був водночас ліберальним та реакційним, світським та релігійним, мирним (через ідеї конституціоналізму) та мілітаристським (завдяки колективному втручанню)[18].

Міжнародно-правові документи Віденського конгресу слугували імперативними міжнародно-правовими засадами розвитку створеного універсального міжнародного правопорядку, який тривалий період тяжів до морально-християнських основ за рахунок створення Священного союзу[19]. Незважаючи на поширену негативну оцінку діяльності союзу як інституції, що придушувала прогресивні європейські настрої, слід відзначити також його позитивний вплив на підтримання безпеки й миру, поширення практики нових гуманістичних ідей, припинення нових проявів військового та революційного екстремізму. Упродовж існування Священного союзу до Кримської війни не було жодної війни між великими державами Європи.

Першопочатковою задачею Священного союзу було виконання ролі комунікаційної платформи, на якій провідні держави світу будуть координувати свої дії щодо забезпечення миру в Європі, недопущення агресії, здатної нанести шкоду безпеці, міжнародному правопорядку на континенті. З перемінним успіхом, але в перші роки існування союзу цих цілей було досягнуто.

Висновки. Таким чином, Священний союз був тією інституцію з підтримання колективної безпеки у світі після наполеонівських воєн, що передувала створенню таких міжнародних організацій, як Ліга Націй після Першої світової війни та Організація Об'єднаних Націй після Другої світової війни у XX столітті. За останні двісті років основні держави-гравці Європи майже не змінилися, а пошук шляхів забезпечення миру на засадах міжнародного права є проголошеною цінністю, яка, на жаль, залишається декларативною, оскільки часто суперечить амбітним інтересам країн та їх імперським прагненням.

[1] Киняпина Н.С. Внешняя политика России первой половины XIX в.: учеб. пособ. для вузов. Москва: Высшая школа, 1963. С. 94.

[2] Лоренц Фридрих. История новейшего времени от Венского конгресса до Парижского мира (1815–1856). Санкт-Петербург, 1869. С. 27.

[3] Шедивы Я. Меттерних против Наполеона / пер. с чешск. Москва: Междунар. отношения, 1991. С. 257.

[4] Клейншмидт А. Священный союз. *История человечества. Всемирная история.* Санкт-Петербург, 1896. Т. 8. С. 110–111.

[5] Собраніе Трактатовъ и Конвенцій, заключенныхъ Россіею съ иностранными Державами. По порученію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ составилъ Ф. Мартенсъ. Профессоръ Императорскаго С.-Петербургскаго Университета. Томъ IV. Часть I. Трактаты съ Австріею, 1815–1849. Санкт-Петербург: Типографія Министерства Путей Сообщенія (А. Бенке), 1878. С. 1–7.

[6] Даневский В.П. Системы политическаго равновѣсія и легитимизма и начало національности въ ихъ взаимной связи. Историко-догматическое изслѣдованіе. С.-Петербургъ: Типографія Р. Голике, 1882. С. 154.

[7] История внешней политики России. Первая половина XIX века (От воин России против Наполеона до Парижского мира 1856 г.). Москва: Междунар. отношения, 1995. 449 с.

[8] Марков Л.В. Россия и Священный Союз. *Новая и новейшая история*. 1989. № 1. С. 68.

[9] История дипломатии. 2-е изд. перераб. и доп. / под ред. А.А. Громыко и др. : в 5 т. Москва: Политиздат, 1959–1975. Т. 1. Сост. В.П. Потёмкин и др., 1959. С. 527.

[10] История международного права / под ред. А.И. Дмитриева, У.Э. Батлера. Изд 2-е, доп. п перераб. Одесса: Фенікс, 2013. С. 240.

[11] Болховитинов Н.Н. Русско-американские отношения. 1815–1832. Москва: Наука, 1975. С. 15–16.

[12] Михайловский-Данилевский А. Записки 1814 и 1815 годов. 4-е изд. Санкт-Петербург: Типография Штаба Отдельного Корпуса Внутренней Стражи, 1841. С. 198–199.

[13] Баскин Ю.Я., Фельдман Д.И. История международного права. Москва: Международные отношения, 1990. С. 120.

[14] Ржевська В.С. ООН – етап у розвитку концепції колективної безпеки. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2011. Вип. 96(1). С. 160. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apmv_2011_96(1)__28 (дата звернення: 20.12.2019).

[15] Сіваш О.М. Питання суверенітету в актах Великої французької революції і Священного союзу. *Проблеми законності*. 2011. Вип. 115. С. 213–2014. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2011_115_27 (дата звернення: 15.11.2019).

[16] Stråth B. Vienna 1815 in Perspective: Three Utopias of Peace and the European Search for a Political Economy. *Europe 1815–1914: Creating Community and Ordering the World*. Helsinki: University of Helsinki, 2014. P. 168.

[17] Hippler T., Vec M. Paradoxes of Peace in Nineteenth-Century Europe. *Europe 1815–1914: Creating Community and Ordering the World*. Helsinki: University of Helsinki, 2014. P. 81.

[18] Brisku A. The Holy Alliance as «An Order of Things Conformable to the Interests of Europe and to the Laws of Religion and Humanity». *Paradoxes of Peace in Nineteenth Century Europe*. Oxford: University Press, 2015. P. 154.

[19] Аношина Н-Т. Ю. Головний акт B5kzp+TRXXW]DTDz_. .a¥YDTzYízpj+TRVW_]DTDz…+åR…+åb_jdízp+Zzp+TRV[[]DTDz…+åLW]_íz

joined him. England also did not join the alliance, though proposals from the founders were. It should be said that in England, the treaty was treated with the greatest caution. The absence of the Holy See's signature in England did not prevent her from being an active participant in all its congresses.

The original task of the Holy Alliance was to fulfill the role of a communication platform in which the leading powers of the world would coordinate their actions to ensure peace in Europe, preventing aggression that could harm the security of international law and order on the continent. With varying success, but in the first years of existence of the alliance these goals were achieved.

The Holy Alliance was the first collective security institution in the world after the Napoleonic wars.

Key words: Holy Alliance Act, international law, collective security, the Vienna system of international relations, Alexander I, Clement Metternich.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.06

УДК 340.015

М.Ю. РЯЗАНОВ

Михайло Юрійович Рязанов, *кандидат юридичних наук, доцент, докторант Національного університету «Одеська юридична академія»*[*]

ORCID: 0000-0003-0404-2841

ПРАВОВІ АРТЕФАКТИ ТА КУЛЬТУРНИЙ КОД ПРАВА

Постановка проблеми. Актуалізація питань, пов'язаних з проблемами правової спадщини, її складових, місця та ролі в розвитку права, прямо пов'язані з феноменом культурного коду права та правовою ментальністю. Правова спадщина зосереджує в собі особливий комплекс внутрішньої інформації, яка наповнює змістом сучасне правове життя в її статиці й динаміці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Ця проблема постійно привертала увагу вчених-теоретиків, під час розгляду якої формувалися різні, іноді зовсім протилежні шляхи її вирішення. Перші фундаментальні дослідження в цій сфері були зроблені В.В. Богішичем, М.Ф. Владимирським-Будановим, М.С. Грушевським, М.Я. Данилевським, М.А. Д'яконовим, Ф.І. Леонтовичем та іншими науковцями.

Сучасними дослідниками і послідовниками цих ідей є: Л.В. Авраменко, Л.А. Кушинська, О.М. Атоян, М.А. Дамірлі, М.І. Козюбра, Ю.П. Лобода, Ю.М. Оборотов, В.М. Синюков, О.Ф. Скакун, Н.Е. Толкачова та ін.

Вони ратували за культивування національних традицій, необхідність їх дослідження та вивчення з пристосуванням до існуючих реалій. На підставі існуючих досліджень формується розуміння місця правової спадщини у становленні та трансформації українського права.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, **мета** даної статті полягає в тому, щоб запропонувати розуміння правових артефактів як складових правової спадщини та їх ролі у формуванні культурного коду права.

Виклад основного матеріалу. Сучасні соціо-гуманітарні дослідження намагаються зв'язати культуру зі «змістами», які культура екстраполює на реальність. За допомогою культури виражається певна область людської діяльності, вплив на людину з метою розкриття її внутрішньої енергії. Щодо даного терміна Н.С. Злобін писав, що культура – це соціально значима творча діяльність, яка припускає «освоєння й перетворення багатства й досвіду людської історії у внутрішнє багатство індивідів…»[1]. Як «початки розумового й морального утвору» культуру визначає І.А. Іванников[2].

Можна узагальнити, що культура – спосіб організації й розвитку людської життєдіяльності шляхом освоєння результатів творчості. Йдеться про те, що культура пов'язана з результатами матеріальної та духовної праці, виражених у системі виробничих відносин і у ставленні людей до природи, у системі соціальних норм та інститутів, у відносинах людей між собою і до самих себе, у їхньому мисленні, у самооцінці самих себе[3].

Культура виникає тоді, коли в людини з'являється можливість особливими для них способами добувати, накопичувати, обробляти й використовувати інформацію. Ці способи пов'язані зі створенням спеціальних знакових засобів – артефактів, за допомогою яких інформація *кодується* й транслюється в соціумі. Отже, артефакти являють собою інформаційне поле, у якому *закодована* певна інформація[4].

Підтримуючи ідею Ю.М. Лотмана, що культура найбільш досконалий механізм з організації інформації, Н.І. Степанова характеризує основну її роль в «структурній організації навколишнього світу людини»[5].

За допомогою культури характеризують як особливості мислення й процес діяльності, так і результати даної діяльності в різних сферах життя суспільства. Таким чином, через правову культуру можуть бути виражені особливості правового мислення, процес і результат діяльності людини в правовій сфері.

© М.Ю. Рязанов, 2019

[*] ***Mykhailo Ryazanov,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Doctoral candidate of the National University "Odesa law academy"*

Однозначного поняття правової культури через його неоднозначність не сформувалося. Спроби вчених-юристів осмислити дану категорію, сформували певний шар сприйняття даного феномена як цілісності. Так, Т.В. Синюкова вважає, що правова культура – це сфера людських практик, що являє собою сукупність норм, цінностей, юридичних інститутів, процесів і форм, які виконують функцію соціоправової орієнтації людей у конкретному суспільстві[6]. Професор А.Б. Венгеров пише, що правова культура – «більш висока і ємна форма правосвідомості»[7]. На думку В.П. Сальникова, правова культура – це «особливе соціальне явище, яке може бути сприйняте як якісний правовий стан особистості й суспільства, що підлягає структуруванню з різних підстав»[8]. Правову культуру припустимо розглядати як одну з категорій загальнолюдських цінностей, як найважливіший результат загальнодемократичних завоювань прогресивного людства[9]. Множинність представлених спроб прийти до характеристики поняття правова культура доводить, що таке багатогранне явище не можна виразити з однозначною чіткістю, оскільки воно входить у сферу загальної культури, яка представлена «мозаїкою» різних образів.

Прийнятним вбачається представлення *правової культури* як вираження однієї з форм правозначущої діяльності людей, яка повинна досягти певної мети. Прикладом може служити переломлення одиничних фактів, знань, навичок, на основі яких у людини формується образ права, що в процесі усвідомленої інтерпретації й систематичного повторення однакових практик формує правовий досвід, який трансформується в більш високу форму оцінки юридичних фактів, явищ, подій.

Л.В. Сокольська розглядає правову культуру як систему надбіологічних програм (правова діяльність, правова поведінка й комунікація), що розвиваються та забезпечують функціонування, відтворення й зміну юридичної сфери життєдіяльності людини. З її точки зору правова культура являє собою «матрицю», у якій закріплюються й зберігаються певні значення у знаковій формі. Можна уявити, що правова культура – це семіотична «матриця» життєво важливих змістів, зосереджених у правовій спадщині, яка в процесі діяльності юристів-професіоналів буде проходити фільтрацію, в процесі якої нове буде «стирати» попереднє або адаптувати його до актуальних умов й транслюватися в майбутнє[10].

Не можна погодитися, що діяльність юристів прямо формує наступну правову культуру, але можна стверджувати, що юристи-професіонали формують правову спадщину. Вони в процесі своєї діяльності оперують поверховою (матеріальною) системою ресурсів правової культури, за допомогою яких можна досягти трансформації права в актуальних для нього умовах. При цьому системна цілісність матриці правової культури зберігається завдяки наявності «ядра» правової культури, яке, як зазначає В.С. Степін, фактично не змінюється в ході історії. Таким чином, ядро правової культури можна представити як «систему, що кодує, за допомогою якої фіксуються програми правової поведінки, спілкування й діяльності»[11].

Сам термін «код» запозичений з науково-технічної сфери, суть якого полягає в системі знаків і зводі правил, згідно з якими проводиться шифрування, розшифрування, перенесення й зберігання інформації. У соціо-гуманітарних дослідженнях даний термін зараз знаходить усе більше використання, а спочатку він знайшов своє застосування в семіотиці. Згідно з даною теорією будь-яка культура – це знакова система, й вона живе завдяки функціонуванню в ній змістів, що і являють собою код. Оскільки код означає клас знаків і правила їх прочитання інтерпретатором, то код незмінно пов'язаний з тієї або іншою культурою, і він завжди розшифровується у відповідній культурі.

У юридичній науці термін «код» може бути використаний у якості ключа до розуміння правової картини миру, а саме:

– допомагає розшифрувати глибинний зміст правових явищ (змістів, знаків, символів, норм, текстів, ритуалів і т.д.);

– забезпечує взаємозв'язок між знаком і значенням, допомагає перевести світ номінацій (позначень) у світ змістів.

Без коду текст усіх правових явищ, самого права виявляється закритим, його значення й зміст не піддаються розшифруванню, при цьому результат «зчитування» тексту залежить від того, який код використовується. Сам код також може трансформуватися в процесі розвитку (спрощуватися, ускладнюватися, змінювати знакову систему і т.д.)[12].

Для культури код розглядається як важливе змістоутворююче явище. Д.Б. Гудків та В.В. Червоних підкреслюють, що код культури являє собою передачу матеріального й духовного досвіду (досягнень, моральних установок), вироблених людством у період реальної історії, тобто історії, підтвердженої матеріально та яка має свідоцтва (описи, літописи, щоденники). У культурологів матеріальний і духовний досвід, знаходить своє вираження в системі артефактів, які являють собою сигнальну систему культури або набір певних одиниць інформації, вироблених людиною в процесі її цілеспрямованої діяльності.

У широкому змісті код культури розуміється як «сукупність знаків (символів) і система певних правил, за допомогою яких інформація може бути представлена (закодована) у вигляді набору з таких символів для передачі, обробки й зберігання носіями однієї й тієї ж культури»[13]. Отже, «код» виникає тоді, коли відбувається перехід від артефакту до змісту. Система артефактів – це набір окремих одиниць інформації (норма, закон, інститут, традиція, саме право), а світ змісту – це значущі форми, що організують зв'язок людини зі світом інформації, зі світом ідей, образів і цінностей, закладених у культуру (порядок, справедливість, воля).

Тут можна виділити в рамках носіїв культури адресата й адресанта, які перебувають між собою в комунікації завдяки сигнальній системі тієї культури, у якій вони перебувають. При цьому слід зауважити, що адресантних (джерельних) сигнальних систем може бути безліч для єдиної сигнальної системи одного адре-

сата (сприймача). Однією з таких імпульсних (похідних) сигнальних систем для людини як соціального суб'єкта є право. Імпульсивність права пов'язана передусім з його функціональним призначенням у суспільстві як певного поштовху, спонуки, закличу до правомірної поведінки[14].

Прийнятним є перефразовування ідей Умберто Еко і представлення правової культури як сигнальної системи, для якої значимим є співвідношення кодів (сигніфікація) і способів їх використання (передача інформації, комунікація). У даному контексті коди або змісти, що втримуються в них, виконують сигніфікаційну функцію, тобто позначення правових явищ. Наділяючи більшою значимістю сам зміст, ніж форму в якій цей зміст закріплений, Ю. Лотман доводив, що «значення» – це функція внутрішньої структури тексту і зовнішнього кодованого відтворення, які передають інформацію адресатові, а той, зі свого боку, може далі структурувати її на власний розсуд і кодувати вже йому зрозумілими кодами. Це відбувається з нормами права, правовими інститутами, правовими міфами, ритуалами, будь-якими правовими артефактами, значення яких виконує властиву їм функцію передачі правової інформації адресатові (соціальному суб'єктові), а той сприймає її, інтерпретуючи у власних діях і вчинках, що є також знаковими для інших учасників правовідносин.

Відповідно, усі правові артефакти, які вироблені в правовій сфері, згідно з ідеєю Ю. Лотмана представляють «вторинні моделюючі системи», а, отже, є знаковими системами. До первинної моделюючої системи відносять мову як засіб означення об'єктів реальності (мистецтво, політика, право, мода, релігія й т.д.). Вторинні моделюючі системи у вигляді правових артефактів моделюють власну систему, унікальну у своїй тематиці й водночас відкриту для взаємодії з іншими системами. Продовжуючи власну думку, Ю. Лотман ділить ці системи на вербальні та невербальні: вербальні зорієнтовані на майбутнє, а невербальні (іконічні) – на минуле, яке вони відтворюють. Тобто право можна віднести до вербальної системи, текст якої репрезентує певну модель дійсності. А правову спадщину до невербальної (іконічної), що являє собою одночасно інструмент пізнання сфери права і є фактом його буття (складова частина правової культури).

У якості складової правової культури правову спадщину розглядала Л.В. Авраменко, наполягаючи, що як самостійна цілісність, яка є фактом буття права, правова спадщина є структурно неоднорідною. Її внутрішню будову можна представити в якості ядра та периферії. У якості ядра правової спадщини Л.В. Авраменко називає правову традицію. Саме традиція продукує ціннісні домінанти спадщини та надає розуміння необхідності збереження правового минулого і його відтворення з урахуванням умов сучасної правової культури[15]. До периферії правової спадщини, як захисного поля, можна віднести повсякденні правові практики, що раціоналізуються у вигляді об'єктів правової спадщини.

Основну соціальну роль правової культури можна представити в тому, що вона несе в собі й передає увесь накопичений досвід у сфері права як правової пам'яті суспільства. Пам'яті правової культури забезпечує передачу накопиченої правової інформації від одного покоління іншому в межах усієї людської історії. Правова пам'ять – це соціальний-правовий механізм актуалізації змістів і цінностей, що зазнають інтерпретації усередині конкретного правового простору й конкретного часу. Слід зазначити, що тут правова пам'ять не сприймається як абстрактне поняття, а як система змістів, закладених у правових артефактах. Завдяки цьому здійснюється зв'язок часів. Вони (артефакти) стають своєрідним вмістищем пам'яті як прямої (про самого себе й у собі укладеної), так і непрямої, що прочитується через контекстуальні зв'язки, близькі й далекі з іншими артефактами (матеріальними об'єктами).

У такий спосіб усю правову сферу можна розглядати як самостійний, єдиний текст правових змістів укладених у правових артефактах, який об'єднаний загальним культурним кодом і як сукупність елементів правової культури із властивою ним сукупністю кодів. При цьому кожний елемент культури буде являти собою надзвичайно складну ієрархію кодів. Тут можна представити культурний код права як текст змістів, текст правої спадщини. Представлення інформації, укладеної в тексті правової спадщини, дає змогу говорити про два критерії – репрезентації та репрезентативності тексту правової спадщини, які залежать як від об'єктивних, так і від суб'єктивних початків. Обидва початки проявляються в системі культурних знаків, яка, на думку Р. Д'андрада, «утворює культурний код – спосіб збереження й трансляції культурної інформації, аналог культурної пам'яті. Покоління людей забезпечуються інформацією, символічно закодованої й культурно трансльованої».

Із цього випливає, що культурний код права являє собою послання, матрицю образів, змістів, накопиченого досвіду, чия значимість виходить за межі її буквального значення. Наприклад, у праві такою загальною значимістю може бути виражений закон, але не у формальному змісті, а в тому, що він відіграє роль стабілізатора соціальної комунікації, створює єдине значеннєве поле інтерпретацій правових феноменів. Мета законодавця, можливо, і не знайде відгуку в суб'єктові, до якого звернені закони, оскільки останні можуть перебувати в іншому значеннєвому полі. І справа навіть не в розбіжності утилітарно-прагматичних установок, а в тому, що «смислові ключі», які закладені в тому або іншому артефакті, неможливо спроєктувати на адресата одномоментно[16].

Результатом правової адаптації культурних кодів є формування правових традицій. Мотиваційно-програмуюча функція культурних кодів у даній області доповнює основну, фундаментальну функцію – формування правового менталітету[17].

Українській правовій культурі властива своя історична типізація юридично значущої поведінки й правових оцінок. Для неї характерна етико-центрична домінанта, яка базується на синкретичній нерозчленованості у свідомості уявлень про право й мораль, на визнанні безумовного пріоритету моралі як нормативного регулятора поведінки над правом. Спостерігається заперечення юридичного формалізму, загострене сприй-

няття соціальної справедливості, домінування суспільних ідеалів та цінностей над особистими, потреба в патерналізмі, харизматична легітимація верховної влади тощо. Для української правової культури властиві ірраціональність, архаїчність, міфологічність, аполітичність, зрівняльність і т.д. Індивідуалізм не виступає в українській культурі ключовою категорією, оскільки основна частина населення нашої країни ніколи не була власниками, протягом багатьох століть вона була відчужена від землі й засобів виробництва. Відповідно до культурно-значеннєвої ідентичності української культури право трактується як гарантія «мінімуму добра й моральності». Цей підхід до права, розроблений В.С. Соловйовим, підкреслює пріоритет морально-містичного ідеалу над раціонально-індивідуалістичним змістоутворенням, що лежить в основі західноєвропейської культури. Дана теорія пропонує тлумачити право не просто як забезпечення індивідуальної волі, а й як гарантію «мінімального добра», що включає в правову культуру разом з категорією права і категорію моралі[18].

Правова культура – практично єдина глобальна форма, за допомогою якої відтворюються цінність і своєрідність національних правових феноменів – державності, правопорядку, правової системи. Процеси розмивання національно-культурних меж приводять до значного поширення мультикультуралізму[19].

Висновки. Культурний код права можна представити як сукупність артефактів (норм, юридичних інститутів, процесів і форм, що виконують функцію соціоправової орієнтації людей у конкретному суспільстві), цінностей, правового досвіду, які у сукупності дають можливість зберегти власну ідентичність, є «кодом» ментальності, який обумовлює особливості мислення, відчування, поведінки.

Являючи собою основу правового менталітету, культурний код права зберігає все цінне в правовій культурі, допомагає запозичити потрібні правові зразки поведінки й відторгає суперечливі правові ідеї, норми, теорії й способи правової діяльності в умовах зіткнення з іншими правовими культурами та юридичними символами. Уособлюючись у правовій ментальності він виступає механізмом, завдяки якому правові системи зберігають національну ідентичність.

---

[1] Злобин Н.С. Культура и общественный прогресс. Москва: Изд-во «Наука», 1980. С. 28.

[2] Иванников И.А. Концепция правовой культуры. *Правоведение*. 1998. № 3. С. 14.

[3] Павлова Л.В. Развитие гуманитарной культуры студентов вуза : учеб. пособ. для вузов. Москва: Академия естествознания, 2010.

[4] Кармин А.С., Новикова Е.С. Культурология. Санкт-Петербург: Питер, 2006. 64 с.

[5] Степанова Н.И. Коды культуры: семиотический и культурологический аспекты. Идеи и идеалы. 2012. Т. 1. № 2. С. 133.

[6] Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Юристъ, 2001.

[7] Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник. 2-е изд. Москва: Омега-Л, 2005.

[8] Сальников В.П. Правовая культура: теоретико-методологический аспект: автореф. дисс. … д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Ленинградский государственный университет. Ленинград, 1990. С. 7.

[9] Усманова Е.Ф. Правовая культура сквозь призму теории коммуникации. *Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики.* Тамбов: Грамота, 2015. № 5 (55): в 2-х ч. Ч. II.

[10] Сокольская Л.В. Генетический код правовой культуры социума. *Lex Russica (Философия*). № 7 (128) июль 2017. С. 52, 53, 57.

[11] Степин В.С. Наука и философия. *Вопросы философии*. 2010. № 8. URL: http://vphil.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=187&Itemid=52

[12] Иванова И.И. Семиотико-методологические возможности герменевтики. *Человек. Культура. Образование.* 2012. № 3 (5). С. 8–10.

[13] Лаенко Л.В. Культурные коды в процессе обучения иностранным языкам. *Вестник ВГУ.* Серия: Лингвистика и межкультурная коммуникация. 2015. № 1. С. 122.

[14] Балинська О.М. Семіотика права: монографія. Львів: ЛьвДУВС, 2013.

[15] Авраменко Л.В. Разграничение преемственности в праве с другими смежными понятиями. *Проблемы законности*. 2013. Вып. 121. С. 3–14. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2013_121_2

[16] Burazin Luka. Law as an Artifact. 2018. DOI: 10.13140/RG.2.2.24348.33928.

[17] Малинова И.П. Юридическая герменевтика и правопонимание. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1997.

[18] Диулин В.Г. Право как минимум морали в учении. *Ленинградский юридический журнал*. 2006. № 2. С. 243.

[19] Мурунова А.В. Правовая ментальность как духовный элемент правовой культуры. *Юридическая техника.* 2016. № 10. С. 409.

References:

Zlobin, N.S. (1980). *Kultura i obshestvennyj progress.* M.: Izdatelstvo «Nauka» [in Russian].

Ivannikov, I.A. (1998). Koncepciya pravovoj kultury. *Pravovedenie.* 3, 14 [in Russian].

Pavlova, L.V. (2010). *Razvitie gumanitarnoj kultury studentov vuza :* [uchebnoe posobie dlya vuzov]. Moskva : Akademiya estestvoznaniya [in Russian].

Karmin, A.S., Novikova, E.S. (2006). *Kulturologiya.* SPb.: Piter [in Russian].

Stepanova, N.I. (2012). Kody kultury: semioticheskij i kulturologicheskij aspekty. *Idei i idealy.* 2, 133 [in Russian].

Matuzov, N.I., Malko, A.V. (2001). *Teoriya gosudarstva i prava: Kurs lekcij.* – 2-e izd. [in Russian].

Vengerov, A.B. (2005). *Teoriya gosudarstva i prava.* Uchebnik. M.: Omega-L [in Russian].

Salnikov, V.P. (1995). *Pravovaya kultura: Teoretiko-metodologicheskij aspekt.* Avtoreferat dissertacii na soiskanie uchenoj stepeni doktora yuridicheskih nauk. Specialnost 12.00.01 – Teoriya i istoriya gosudarstva i prava; Istoriya politicheskih i pravovyh uchenij / Leningradskij gosudarstvennyj universitet [in Russian].

Usmanova, E.F. (2015). Pravovaya kultura skvoz prizmu teorii kommunikacii. *Istoricheskie, filosofskie, politicheskie i yuridicheskie nauki, kulturologiya i iskusstvovedenie*. *Voprosy teorii i praktiki*. 5 (55): v 2-h ch. Ch. II [in Russian].

Sokolskaya, L.V. (2017). Geneticheskiĭ kod pravovoĭ kultury sociuma. *Lex Russica (Filosofiya)*. 7, 52, 53, 57 [in Russian].

Stepin, V.S. (2010). *Nauka i filosofiya. Voprosy filosofii*. 8. URL: http://vphil.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=187&Itemid=52 [in Russian]

Ivanova, I.I. (2012). Semiotiko-metodologicheskie vozmozhnosti germenevtiki. *Chelovek. Kultura. Obrazovanie*. 3 (5), 8–10 [in Russian].

Laenko, L.V. (2015). Kulturnye kody v processe obucheniya inostrannym yazykam. *Vestnik VGU*. Seriya: Lingvistika i mezhkulturnaya kommunikaciya. 1, 122 [in Russian].

Balinska, O.M. (2013). *Semiotika prava: monografiya.* Lviv: LvDUVS [in Ukrainian].

Avramenko, L.V. (2013). Razgranichenie preemstvennosti v prave s drugimi smezhnymi ponyatiyami. *Problemy zakonnosti*. 121, 3–14 [in Russian].

Burazin, Luka (2018). *Law as an Artifact.* DOI: 10.13140/RG.2.2.24348.33928 [in English]

Malinova, I.P. (1997). *Yuridicheskaya germenevtika i pravoponimanie.* Ekaterinburg: Izd-vo UrGYuA [in Russian].

Diulin, V.G. (2006). Pravo kak minimum morali v uchenii V.S. Soloveva. *Leningradskij yuridicheskij zhurnal*. 2, 243 [in Russian].

Murunova, A.V. (2016). Pravovaya mentalnost kak duhovnyj element pravovoj kultury. *Yuridicheskaya tehnika*. 10, 409 [in Russian].

Резюме

Рязанов М.Ю. **Правові артефакти та культурний код права.**

У статті зазначається, що культурний код права являє собою «матрицю», у якій закріплюються й зберігаються певні смислові значення в знаковій формі, які уособлюють правову пам'ять. Зосереджуючись у правовій спадщині, яка складається з правових артефактів, цінностей та досвіду, ціннісні домінанти спадщини надають розуміння необхідності збереження правового минулого та його адаптації до умов сучасної правової культури.

Результатом правової адаптації культурних кодів є формування правових традицій. Мотиваційно-програмуюча функція культурних кодів у даній області доповнює основну, фундаментальну функцію – формування правового менталітету.

Ключові слова: правові артефакти, культурний код права, правова спадщина, правова пам'ять, правова ментальність.

Резюме

Рязанов М.Ю. **Правовые артефакты и культурный код права.**

В статье отмечается, что культурный код права представляет собой «матрицу», в которой закрепляются и сохраняются определенные смысловые значения в знаковой форме, олицетворяющие правовую память. Сосредотачиваясь в правовом наследии, которое состоит из правовых артефактов, ценностей и опыта, ценностные доминанты наследия предоставляют понимание необходимости сохранения правового прошлого и его адаптации в условиях современной правовой культуры.

Результатом правовой адаптации культурных кодов является формирование правовых традиций. Мотивационно-программирующая функция культурных кодов в данной области дополняет основную, фундаментальную функцию – формирование правового менталитета.

Ключевые слова: правовые артефакты, культурный код права, правовое наследие, правовая память, правовая ментальность.

Summary

Mykhailo Ryazanov. **Legal artefacts and the cultural code of law.**

Updating issues related to the issue of legal heritage, its constituents, its place and role in the development of law, directly related to the phenomenon of the cultural code of law and legal mentality. The legal heritage focuses on a special set of inside information that fills the content of modern legal life in its statics and dynamics.

The idea of a legal culture is considered as an expression of one form of meaningful activity of people, which is to achieve a certain purpose. An example is the refraction of individual facts, knowledge, skills, which form the image of law in a person, which in the process of conscious interpretation and systematic repetition of the same practices, form legal experience, which is transformed into a higher form of assessment of legal facts, phenomena, events.

Representing the basis of legal culture - the cultural code of law is a semiotic "matrix" of vital content, concentrated in the legal heritage, which in the process of professional lawyers activity will be filtered, the new will "erase" the previous, or adapt it to current conditions and broadcast into the future.

For the legal culture, it is significant the correlation between codes (signaling) and how they are used (communication). In this context, the codes or the contents contained therein perform a signifying function, that is, a designation of legal phenomena. This happens with the rules of law, legal institutions, legal myths, rituals, any legal artifacts, the significance of which performs the inherent function of preserving and transmitting legal information to the addressee (social subject), and he perceives it, interpreting in their own actions and actions that are also significant to other participants in the legal relationship.

The transmission of accumulated legal information is ensured by existence of the legal memory.

Legal memory is a social-legal mechanism for updating content and values that are interpreted within a specific legal space and time. Here, legal memory is not perceived as an abstract concept, but as a system of content embedded in legal artifacts. Due to them, it is realized the connection of times. They (artifacts) become a kind of memory storage, both direct and indirect, which is read through contextual connections with other artifacts.

In this way, the whole legal sphere can be regarded as an independent, single text of the legal content contained in the legal artifacts, which is united by the common cultural code and as a set of elements of the legal culture with its inherent set of codes.

Key words: legal artifacts, cultural code of law, legal heritage, legal memory, legal mentality.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.07
УДК 340.11

Г.М. ЧУВАКОВА

Ганна Михайлівна Чувакова, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету "Одеська юридична академія"* *
ORCID: 0000-0001-6380-1233

АНОМАЛІЇ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Розбудова громадянського суспільства та реформування правової системи в Україні супроводжуються значним якісним оновленням усього законодавства країни та прийняттям нових законодавчих актів. Законодавство є складним багатогранним утворенням, у якому природно можуть виникати різні розбіжності, паралельність, неузгодженості чи конкурентність норм та інститутів, зумовлені складністю охопити всі види суспільного життя. Як слушно зазначає О. Колотова, глобалізаційні процеси, вплив міжнародного права та права Європейського Співтовариства на національну правову систему, обмеженість прогностичної функції держави, а також великий масив законодавства, яке внаслідок швидких темпів законотворчості, недосконалої юридичної техніки часто буває неузгодженим і негармонійним, приводить до його прогалин[1], тобто аномальності. Прогалини, суперечності та невизначеність положень актів законодавства, відставання писаного права від потреб суспільного розвитку й інші дефекти законодавства та нормотворчі помилки негативно впливають на суспільні відносини, перешкоджають якості правового регулювання. Для позначення таких негативних факторів використовуються різні терміни: дефекти, недоліки, перепони, деформації, викривлення та інші відхилення від норми. Усі вони характеризують особливу негативну сторону юридичних явищ і процесів, яка реально існує і яку необхідно подолати, змінити, відредагувати для нормального функціонування й розвитку правової сфери суспільного життя. Для встановлення термінологічної визначеності стосовно таких відхилень в юридичних явищах вони означаються загальним терміном «аномалії права»[2].

Аномалії права – це відхилення в змісті права, необхідних зв'язках його елементів і формах, які мають для права як цілеспрямованої предметної діяльності випадковий і довільний характер, оскільки їх існування не відповідає об'єктивній логіці права, не випливає із закономірних проявів сутнісної основи права. Загальна природа аномалій права полягає саме в тому, що вони існують в праві, але не є способом існування його сутності. З точки зору сутності права, його необхідного змісту, закономірностей і форм, вони не істотні, хоча реально існують і становлять одну із сторін буття права[3].

До аномалій права, якими вважаються відхилення від загальної закономірності, від нормального формування і розвитку суспільних відносин, зумовлених різними факторами об'єктивного і суб'єктивного порядку[4], відносяться передусім аномалії в нормотворчій діяльності, серед яких можна назвати колізії в праві та прогалини у праві.

Колізія у праві – це різновид юридичних колізій, що виникає за наявності розбіжності (зокрема, суперечності) між нормами права, які закріплені в законодавстві та регулюють одні фактичні відносини[5]. В юридичній літературі тема колізій традиційно пов'язується з проблемою неузгодженості системи як права, так і законодавства.

Таким чином, ключовою категорією протиріччя та неузгодженості правових норм є «колізія» (від лат. *collisio* – зіткнення), яка властива різним сферам людського життя й передбачає зіткнення протилежних сил, інтересів, поглядів, їх протиборство й протиріччя. Протиріччя у праві виступають лише як частина соціальних суперечностей, що при цьому є найбільш суттєвою й значимою частиною цих суперечностей. Це зумовлено тим впливом, який має право на розвиток суспільних відносин. Стан суспільства й ефективність існуючого у ньому правового регулювання в контексті юридичних колізій варто оцінювати у двох аспектах: відповідність суспільним відносинам елементів регулюючої ці відносини нормативної правової системи; узгодженість норм всередині правової системи в її ієрархічній та інституціональній побудові. У цьому зв'язку проблему колізій юридичного характеру неможливо розглядати у відриві від реально існуючих суспільних відносин[6].

Як відомо, у доктрині поняття колізії розглядаються у широкому та вузькому розумінні. Так, Н. Матузов зазначає, що слід розрізняти юридичні (правові) колізії, які можуть не обмежуватися тільки правом, а й охоплювати всі частини правової системи, і колізії у праві[7].

На переконання К. Ахметжанової, поняття «колізії у праві» і «юридичні колізії» є взаємопов'язані, але не синонімічні. Поняття «юридичні колізії є більш широким, ніж поняття «колізії у праві», яке частіше використовується у юридичній науці й практиці. Якщо термін «колізії у праві» слід розуміти як суперечності всередині нормативної регулятивної системи суспільства, то дефініція «юридичні колізії» дає змогу фіксувати,

© Г.М. Чувакова, 2019

* ***Hanna Chuvakova,*** *Ph.D. in Law, Associated Professor, Associate Professor of the National University «Odesa Law Academy»*

з одного боку, перехід існуючих в суспільстві відносин на рівень нормативного правового регулювання, а з іншого – перехід законодавчих норм у сферу реальних суспільних відносин. На думку названого автора, в умовах сучасного правового регулювання необхідно розглядати проблему юридичних колізій в усьому розмаїтті джерел права, враховуючи, поряд із законодавством, правові звичаї, акти судової правотворчості, корпоративно-публічні акти, керуючись загальними принципами права, такими як пріоритет прав людини, справедливість, сумлінність, виважені інтереси тощо[8].

Як зазначає С. Погребняк, частіше термін «юридична колізія» вживається у вузькому значенні – як винятково внутрішня або формальна (формально-логічна) суперечність усередині правової системи. У такому значенні він тотожний терміну «колізії в праві»[9]. Традиційно у вітчизняному правознавстві поняття «колізія в праві» використовується для вираження антиномії, суперечливості, неузгодженості, невідповідності в правовій сфері життя суспільства. Разом із тим, як зазначає А. Петров, «складність дослідження явища колізії в праві зумовлена досить низьким ступенем конвенційності змісту поняття «колізії в праві», а також використанням поряд з ним цілого ряду синонімічних термінів, таких як «колізія законів», «колізія нормативних актів», «колізія норм права», зміст яких частково «перекликається» із змістом поняття «колізії в праві», що значно ускладнює можливості його використання в загальнотеоретичних й галузевих дослідженнях»[10].

Сутність колізій у праві, на думку багатьох науковців, може бути розкрита в рамках системного підходу, якому властиві наступні основні риси: будь-який об'єкт може бути представлений як система; система динамічна, що постійно рухається, розвивається у часі й просторі; система являє собою єдність (інтегральність) множини об'єктів (як матеріальних, так і ідеальних); в системному дослідженні реалізується примат структури над властивостями й функціонуванням елементів[11].

Розряд колізій у праві як системного явища дає змогу, на думку Д. Агашева, виділити в її структурі дві групи елементів, що являють собою об'єктивний і суб'єктивний компоненти колізії, які є необхідними, а разом достатніми для виникнення колізії як системи[12]. Структуру об'єктивного компонента становлять такі явища, як: існування деякої множинності об'єктів колізії; збіг сфер регулювання юридичних норм; відмінності у ступенях впливу на спірний об'єкт регулювання при їх взаємодії. Суб'єктивний компонент включає такі елементи: суб'єкт; відображення суб'єктом обставин об'єктивного характеру; проблему вибору правової норми, що підлягає застосуванню у зв'язку з названими обставинами, і викликана цим невизначеність поведінки. Поряд з суб'єктивними й об'єктивними підходами до розуміння колізій в праві Д. Агашев виділяє й третій – комбінований підхід[13]. На його думку, можливим є поєднання, конвергенція і взаємозбагачення досягнень об'єктивізму і суб'єктивізму в розумінні колізій в праві з позицій системного підходу. Він вважає, що колізія не існує в абстрактній формі – до і крім інтелектуально-вольових зусиль суб'єкта, спрямованих на її усвідомлення, і включає у себе об'єктивний та суб'єктивний компоненти, причому «взаємодія об'єктів правової колізії, виражена в діалектичній суперечності і яка розвивається за законами єдності й боротьби протилежностей, виникає в момент її усвідомлення суб'єктом і припиняється зняттям (вирішенням) суперечності»[14].

Певний інтерес для предмета нашого дослідження становить думка І. Стародубцевої, котра, розглядаючи колізії як суперечності між елементами правової системи (правовими явищами) та їх вплив на правову систему (негативний і позитивний), пропонує називати їх «фактичними колізіями» і поділяти на: матеріальні (суперечності між нормами права й реально існуючими правовідносинами, юридичною практикою); правотворчі (суперечності між нормами права й реалізацією правил юридичної техніки як сукупності засобів і прийомів підготовки та прийняття нормативних актів); особистісно-правові (суперечності між нормами права й правосвідомістю, рівнем правової культури депутатів, посадових осіб органів публічної влади). В основу такої класифікації покладені основні елементи правової системи, а також судова практика з вирішення колізій[15].

До причин появи формальних колізій різними авторами належать: «відступлення від чинних норм, неповне правове регулювання, текстові помилки»[16]; «недоліки у правотворчій діяльності, заплутування законодавства з корисною метою»[17]; «судові помилки, недосконалість законів, свавільне тлумачення Конституції й інших актів, вихід за межі компетенції»[18]; «ігнорування принципів права й «силовий тиск»»[19]; «суперечливі інтереси різних соціальних груп»[20]; «рух соціальних суперечностей, що визначаються співвідношенням цінностей: влада, свобода й власність»[21].

Ці причини поділяють на об'єктивні (які не залежать від законодавця, зумовлені перебігом правовідносин у просторі й у часі) й суб'єктивні (пов'язані з суб'єктами правотворчості: нечітке розмежування компетенції, недолік інформації тощо)[22].

За словами І. Стародубцевої, матеріальні колізії як суперечності між нормами права й реально існуючими суспільними відносинами можуть виникати об'єктивно через те, що суспільні відносини розвиваються швидко, а правове регулювання відстає (наприклад, у сфері інформаційних технологій, мережі Інтернет). Але фактичні колізії часто виникають й через суб'єктивні причини: відсутність політичної волі на формування правової, соціальної держави; перевага політики над правом; низька правова культура (і представників державної влади, і суспільства в цілому); корупція, лобізм, перевага особистої заінтересованості над правовими нормами при прийнятті рішень; недостатня кваліфікація осіб, які здійснюють правове забезпечення прийняття рішень; недостатня кваліфікація осіб, котрі здійснюють правове забезпечення прийняття політичних та управлінських рішень тощо[23].

Розмаїття й неоднорідність правових колізій обумовлюють необхідність їх класифікації. Хоча більшість дослідників мають власні підходи до класифікації колізій й погляди щодо критеріїв та підстав такої класифікації, суттєвих розбіжностей у їх поглядах на проблему класифікації не існує. Будь-яка класифікація носить умовний характер і залежить від багатьох факторів. Аналіз наукової літератури з цієї проблематики дає змогу зробити висновок, що є низка класифікацій, які визнаються загальновизнаними. Практично всіма вченими визнається можливість класифікації колізій за юридичною силою (колізії «по вертикалі»), за їх галузевою приналежністю (колізії «по горизонталі»), за суб'єктивною ознакою (навмисні і ненавмисні) і за рядом інших критеріїв.

Таким, наприклад, є поділ колізій на темпоральні (часові), просторові, ієрархічні та змістовні.

Ієрархічні колізії – це колізії, що виникають через регулювання одних фактичних обставин нормами, які знаходяться на різному рівні в ієрархічній структурі законодавства[24]. На думку М. Власенко, суб'єктивними причинами виникнення ієрархічних колізій є непоінформованість нижчого нормотворчого органу, що з даного приводу вже діє норма, прийнята вищим органом; нечітке розмежування і законодавче закріплення правотворчої компетенції; перевищення компетенції органом державної влади[25].

Темпоральні колізії виникають унаслідок видання в різний час з одного і того ж питання двох чи більше норм права[26].

Найбільш поширеним видом колізії є змістовні колізії. Під ними розуміються колізії одночасно чинних і на одній території приписів рівної юридичної сили, які виникають у результаті часткового співпадіння об'ємів регулювання й зумовлені специфікою регламентації суспільних відносин[27].

Просторові колізії виникають через протяжність відносин у просторі, внаслідок чого на врегулювання одних фактичних обставин претендують норми правових систем різних держав або територій. Іншими словами, як зазначає О. Москалюк, просторові колізії з'являються, коли правовідносини, права, обов'язки учасників цих правовідносин по-різному регулюються на різних територіях однієї держави або на території різних держав. Ситуація, за якої правовідносини можуть регулюватися по-різному на території однієї країни, можлива насамперед у федеративних державах[28].

Безумовно, колізії у законодавстві можуть розглядатися як аномалії права, проте важливо наголосити, що лише деякі види колізій у законодавстві є аномаліями права. Так, темпоральні (часові) та ієрархічні колізії можна віднести не до аномалій права, а до порушень логіко-структурної побудови системи законодавства.

Прогалина у праві – це повна або часткова відсутність законодавчої регламентації певних суспільних відносин, що потребують правового регулювання. Прогалини в законодавстві традиційно розглядаються правовою наукою як один із найпоширеніших видів дефектів права. Наявність прогалин нівелює внутрішню узгодженість системи права і, як наслідок, призводить до збоїв у правовому регулюванні. Тож ефективність останнього залежить насамперед від зведення прогалин як одного з дефектів законодавства до мінімального рівня, від того, наскільки оперативно вони можуть бути подолані в процесі реалізації норм права[29].

Прогалина у праві – повна або часткова відсутність у формальних джерелах права норм, принципів, ідей, необхідних для професійної юридичної оцінки фактів і зв'язків, що виникли або можуть виникнути у такій сфері суспільних відносин, що входить або повинна входити у сферу правового регулювання[30].

До ознак прогалин у праві відносять: повну або часткову відсутність правового регулювання суспільних відносин (випадку), які знаходяться в сфері правового впливу та які потребують правового регулювання відповідно до змісту певної галузі права та всього законодавства, галузевих та загальних принципів права, правової доктрини й судової практики; виявлення прогалин залежить від правосвідомості суб'єкта правозастосування; це недолік права, що характеризується відсутністю в ньому того, що повинно бути необхідним його компонентом, зумовлюючи потребу подолання існуючого недоліку; це нетипове явище, яке зумовлює нетиповість правозастосовної діяльності, яка втрачає свою традиційну послідовність як система логічно пов'язаних, послідовних дій; це об'єктивні життєві ситуації, спричинені об'єктивним розвитком суспільних відносин, а в деяких випадках – суб'єктивними причинами, пов'язаними з правотворчими та правозастосовними діями законодавчих, виконавчих та судових органів державної влади[31].

У юридичній літературі в різний час існували різноманітні підходи до проблеми прогалин у праві, окрім того, були чисельні оцінки цього феномена, було запропоновано різного роду теоретико-правові конструкції його аналізу. Варто зазначити, що на шляху визначення сутності «прогалини у праві» виникають певні перешкоди, пов'язані з відсутністю однозначного тлумачення самого поняття «прогалина у праві». Думки науковців щодо цього є різними й неоднозначними.

Аналіз наведених в юридичній літературі визначень дає змогу зробити висновок, що існує широке і вузьке розуміння означеної проблеми. Так, М. Костенко пропонує розглядати прогалини в широкому та вузькому розумінні: у широкому сенсі – прогалина являє собою повну або часткову відсутність правового регулювання в чинному законодавстві, за умови, що ці відносини знаходяться у площині можливого й необхідного врегулювання правом; вузький підхід формулюється виходячи з того, що правове регулювання не охоплює й не повинно охоплювати собою все розмаїття суспільних відносин[32].

На думку С. Погребняка, слід розрізняти прогалини в законодавстві і прогалини в праві. Якщо перші свідчать про відсутність законодавчої регламентації певних відносин, то другі – про відсутність регламентації не лише в законодавстві, а й у інших джерелах права (правових звичаях, судових прецедентах, нормативно-правових договорах та ін.).

В. Баранов характеризує прогалину як «офіційно реалізовану сумлінну оману, результат спрямованих дій нормотворчого органу, що порушують загальні принципи або конкретні норми правотворення, які не відповідають рівню і закономірності державно необхідного розвитку регульованої діяльності та тягнуть за собою шляхом видання помилкової норми права несприятливі соціальні та юридичні наслідки»[33].

Основними видами прогалин у праві є: 1) правовий вакуум (який може бути зумовлений неврахуванням тієї чи іншої ситуації при розробці закону, виникненням нових суспільних відносин після видання конкретного закону); 2) неповнота правової норми (виражена в неврегульованості порядку застосування закону, в наявності відсилання до актів, які не прийняті, і т.п.); 3) кваліфікована прогалина (під якою слід розуміти правову ситуацію, що виникає в разі формальної дії правової норми, що створює перешкоду на шляху звичайної практики, не може бути заповнена на підставі судового рішення); 4) умовна (колізійна) прогалина, яка викликана суперечливістю правових норм; 5) реальна прогалина, що полягає у відсутності законодавчо підтвердженої розшифровки окремих правових понять і термінів, які мають принципове значення для всього процесу правового регулювання[34].

Серед причин, якими зумовлена поява прогалин у праві, називають дві головні обставини: неминуче відставання законодавства від суспільних відносин, що розвиваються більш динамічно; помилки та упущення власне законодавця, низький рівень його законотворчої культури.

Мають місце й навмисні прогалини, коли ті чи інші суспільні відносини з якихось причин залишаються неврегульованими. Такі прогалини можуть існувати під впливом економічних, політичних чи ідеологічних факторів (економічні фактори можуть бути пов'язані з відсутністю достатнього фінансування, необхідного для реалізації того чи іншого закону; політичні – з неможливістю досягнути консенсусу в законодавчому органі; ідеологічні – з неприйняттям значної частини населення певного явища суспільного життя через брак достатнього рівня правової культури).

В аспекті сприйняття європейського правового досвіду цікавим, на думку Р. Циппеліуса, виглядає поділ прогалин на прогалини формулювання, які мають місце тоді, коли в дослівному тексті закону відсутня повна регламентація поведінки в тій чи іншій ситуації, та оціночні прогалини, що мають місце тоді, коли тільки буквальний зміст слів, якими сформульовано ту чи іншу норму права, свідчить про необхідність її застосування, однак очевидна несправедливість, що матиме місце внаслідок її застосування, вимагає коригування цієї норми[35].

Питання про наявність прогалини у праві можна ставити лише тоді, коли у процесі становлення юридичної кваліфікації спірної ситуації (факту, відносин) і якщо необхідність такої кваліфікації охоплюється професійною юридичною правосвідомістю.

---

[1] Колотова О.В. Відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ. *Часопис Київського університету права.* 2009. № 3. С. 55–59.

[2] Петров А.В. Аномалии права: понятие и природа. *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского.* 2015. № 1. С. 170–180.

[3] Петров А.В. Аномалии права: понятие и природа. *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского*. 2015. № 1. С. 170–180.

[4] Общая теория государства и права: Академический курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. Москва: Зерцало, 2001. С. 528.

[5] Теорія держави і права : посіб. для підгот. до держ. іспитів / Д.В. Лук'янов, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський, Г.О. Христова; за заг. ред. О.В. Петришина. 5-те вид., допов. і змінене. Харків: Право. 2016. С. 151.

[6] Ахметжанова К.В. Юридические коллизии: теория и практика : автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / Российский университет дружбы народов. Москва, 2017. 28 с.

[7] Матузов Н.И. Юридические коллизии и способы их разрешения. *Теория государства и права : курс лекций* : под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. Москва: Юристъ, 1997. С. 424–439.

[8] Ахметжанова К.В. Юридические коллизии: теория и практика : автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / Российский университет дружбы народов. Москва, 2017. 28 с.

[9] Погребняк С.П. Колізії у законодавстві України та шляхи їх переборення : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого, Харків, 2001. 20 с. С. 9.

[10] Петров А.А. Иерархические коллизии в праве : дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.01 / Сибирский федеральный университет. Красноярск 2009. 204 с. С. 10.

[11] Перегудов Ф.И., Тарасенко Ф.П. Основы системного анализа: учебник. 2-е изд., доп. Томск: Изд-во НТЛ, 1997. 396 с

[12] Агашев Д.В. Коллизионные проблемы в праве социального обеспечения России**:** монография. Томск: Изд-во НТЛ, 2005. 272 с.

[13] Агашев Д.В. Правовая коллизия как системное нарушение законодательства о социальном обеспечении. URL: sun.tsu.ru/mminfo/000063105/283/image/283-030.pdf

[14] Агашев Д.В. Коллизии в праве социального обеспечения России: автореф. дисс. … канд. юрид. наук : 12.00.05 / Томский государственній університет. Томск, 2003. 219 с. С. 7.

[15] Стародубцева И.А. Коллизии конституционного законодательства на уровне субъектов Российской Федерации : дис. … канд. юрид. наук. по специальности : 12.00.02 – конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право // Воронежский государственный университет. 201 с. Воронеж. 2003. С. 32, 58-62.

[16] Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. Учебное и научно-практическое пособие / Ю.А. Тихомиров. М. : ЮРИНФОРМЦЕНТР, 2000. 394 с. С. 241.

[17] Баймаханов М.Т. Противоречия в развитии правовой настройки при социализме. Алма-Ата : Изд-во «НАУКА» Казахской ССР, 1972. 356 с. С. 219–220.

[18] Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации: учебник для юрид. вузов и факультетов. 2-е изд., изм. и доп. Москва : Издательская группа НОРМА - ИНФРА М, 1999. 776 с. С. 31.

[19] Тихомиров Ю.А. Коллизии как источник развития права. *Юридическая техника: сб. науч. трудов.* Вып. 11: Коллизии законодательных, интерпретационных, правоприменительных актов: доктрина, практика, техника преодоления. Н. Новгород, 2017. С. 35–38.

[20] Денисов С.А. Проблемы коллизий норм в конституционном праве. *Юридическая техника: сб. науч. трудов.* Вып. 11: Коллизии законодательных, интерпретационных, правоприменительных актов: доктрина, практика, техника преодоления. Н. Новгород, 2017. С. 414–421.

[21] Бондарь Н.С. Конституционные пробелы и конфликты как отражение социальных противоречий: в контексте практики Конституционного Суда РФ. *Экономический вестник Ростовского гос. университета.* 2010. Т. 8. № 1. С. 70–79.

[22] Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 23–26.

[23] Стародубцева І.А. Конституционно-правовое регулирование коллизионных отношений : дисс. … д-ра юрид. наук.: 12.00.02 / Воронежский государственный университет. Москва, 2017. 319 с. С. 129–130.

[24] Погребняк С.П. Колізії в законодавстві України та шляхи їх переборення : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків, 2001. 201 с. С. 84.

[25] Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск : Изд-во Иркут. ун-та, 1984. 99 с. С. 78.

[26] Там само. С. 56.

[27] Погребняк С.П. Вказана праця. С.124.

[28] Москалюк О.В. Види колізій у законодавстві України. *Юрист України.* 2012. № 1–2 (18–19). С. 5–12.

[29] Матат Ю. І. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в правозастосовній діяльності : монографія. Харків : Право, 2015. 176 с. С. 4.

[30] Чувакова А. М. Пробельность права как вид аномалий в праве. Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 20 травня 2016 р.) : у 2 т. Одеса, 2016. Т. 1. 2016. 676 с. С. 64.

[31] Колотова О.В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання: автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01 / Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2010. 21 с.

[32] Костенко М.А. Пробел законодательства в свете теории и практики правотворческих ошибок. *Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах* : материалы Междунар. науч.-практ. круглого стола (29–30 мая 2008 г.) / под ред. В.М. Баранова, И.М. Мацкевича. Москва : Проспект, 2009. С. 498–506.

[33] Баранов В.М. Истинность норм советского права. Проблемы теории и практики. Саратов : Изд-во Сарат. ун-та, 1989. 400 с.

[34] Уранский Ф.Р. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности : автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2005. 22 с.

[35] Циппеліус Р. Юридична методологія : пер. з нім. Київ : Реферат, 2004. 176 с. С. 95–96.

References:

Kolotova, O.V. (2009). Vidmezhuvannia prohalyn u pravi vid sumizhnykh pravovykh iavysch. *Chasopys Kyivs'koho universytetu prava,* 3, 55–59 [in Ukrainian].

Petrov, A.V. (2015). Anomalyy prava: poniatye y pryroda. *Vestnyk Nyzhehorodskoho unyversyteta* ym. N.Y. Lobachevskoho, 1, 170–180 [in Russian].

Marchenko, M.N. (otv. red.). (2001). *Obschaia teoryia hosudarstva y prava*: Akademycheskyj kurs: v 3 t. Moskva: Zertsalo [in Russian].

Petryshyna, O.V. (za zah. red.). (2016). *Teoriia derzhavy i prava* : posib. dlia pidhot. do derzh. ispytiv / D.V. Luk'ianov, S.P. Pohrebniak, V.S. Smorodyns'kyj, H.O. Khrystova. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

Akhmetzhanova, K.V. (2017). *Yurydycheskye kollyzyy: teoryia y praktyka* : avtoref. dyss. … kand. iuryd. nauk: 12.00.01 / Rossyjskyj unyversytet druzhby narodov. Moskva [in Russian].

Matuzov, N.Y., Mal'ko, A.V. (pod red.). (1997). *Yurydycheskye kollyzyy y sposoby ykh razreshenyia. Teoryia hosudarstva y prava* : kurs lektsyj. Moskva: Yuryst' [in Russian].

Pohrebniak, S.P. (2001). *Kolizii u zakonodavstvi Ukrainy ta shliakhy ikh pereborennia* : avtoref. dys. … kand. iuryd. nauk: 12.00.01 / Natsional'na iurydychna akademiia Ukrainy im. Yaroslava Mudroho, Kharkiv [in Ukrainian].

Petrov, A.A. (2009). *Yerarkhycheskye kollyzyy v prave* : dyss. … kand. iuryd. nauk: 12.00.01 / Sybyrskyj federal'nyj unyversytet. Krasnoiarsk [in Russian].

Perehudov, F.Y., Tarasenko, F.P. (1997). *Osnovy systemnoho analyza*: uchebnyk. 2-e yzd., dop. Tomsk: Yzd-vo NTL [in Russian].

Ahashev, D.V. (2005). *Kollyzyonnye problemy v prave sotsyal'noho obespechenyia Rossyy*: monohrafyia. Tomsk: Yzd-vo NTL [in Russian].

Ahashev, D.V. *Pravovaia kollyzyia kak systemnoe narushenye zakonodatel'stva o sotsyal'nom obespechenyy*. URL: sun.tsu.ru/mminfo/000063105/283/image/283-030.pdf [in Russian].

Ahashev, D.V. (2003). *Kollyzyy v prave sotsyal'noho obespechenyia Rossyy*: avtoref. dyss. … kand. iuryd. nauk : 12.00.05 / Tomskyj hosudarstvennij universytet. Tomsk [in Russian].

Starodubtseva, Y.A. (2003). *Kollyzyy konstytutsyonnoho zakonodatel'stva na urovne sub'ektov Rossyjskoj Federatsyy* : dys. … kand. iuryd. nauk. po spetsyal'nosty : 12.00.02 – konstytutsyonnoe pravo; konstytutsyonnyj sudebnyj protsess; munytsypal'noe pravo / Voronezhskyj hosudarstvennyj unyversytet. Voronezh [in Russian].

Tykhomyrov, Yu.A. (2017). Kollyzyy kak ystochnyk razvytyia prava. *Yurydycheskaia tekhnyka*: sb. nauch. trudov. Vyp. 11: Kollyzyy zakonodatel'nykh, ynterpretatsyonnykh, pravoprymenytel'nykh aktov: doktryna, praktyka, tekhnyka preodolenyia. N. Novhorod [in Russian].

Bajmakhanov, M.T. (1972). *Protyvorechyia v razvytyy pravovoj nastrojky pry sotsyalyzme*. Alma-Ata : Yzd-vo «NAUKA» Kazakhskoj SSR [in Russian].

Tykhomyrov, Yu.A. (2000). *Kollyzyonnoe pravo*. Uchebnoe y nauchno-praktycheskoe posobye. M. : Yurynformtsentr [in Russian].

Bahlaj, M.V. (1999). *Konstytutsyonnoe pravo Rossyjskoj Federatsyy*: uchebnyk dlia iuryd. vuzov y fakul'tetov. Moskva : Yzdatel'skaia hruppa NORMA - YNFRA M [in Russian].

Denysov, S.A. (2017). Problemy kollyzyj norm v konstytutsyonnom prave. *Yurydycheskaia tekhnyka*: sb. nauch. trudov. Vyp. 11: Kollyzyy zakonodatel'nykh, ynterpretatsyonnykh, pravoprymenytel'nykh aktov: doktryna, praktyka, tekhnyka preodolenyia. N. Novhorod, 414–421 [in Russian].

Bondar', N.S. (2010). Konstytutsyonnye probely y konflykty kak otrazhenye sotsyal'nykh protyvorechyj: v kontekste praktyky Konstytutsyonnoho Suda RF. *Ekonomycheskyj vestnyk Rostovskoho hos. unyversyteta,* 8, 1, 70–79 [in Russian].

Vlasenko, N.A. (1984). *Kollyzyonnye normy v sovetskom prave*. Yrkutsk [in Russian].

Starodubtseva, I.A. (2017). *Konstytutsyonno-pravovoe rehulyrovanye kollyzyonnykh otnoshenyj* : dyss. … d-ra iuryd. nauk.: 12.00.02 / Voronezhskyj hosudarstvennyj unyversytet [in Russian].

Pohrebniak, S.P. (2001). *Kolizii v zakonodavstvi Ukrainy ta shliakhy ikh pereborennia* : dys. … kand. iuryd. nauk : 12.00.01. Kharkiv [in Ukrainian].

Moskaliuk, O.V. (2012). Vydy kolizij u zakonodavstvi Ukrainy. *Yuryst Ukrainy*, 1–2 (18–19), 5–12 [in Ukrainian].

Matat, Yu.I. (2015). *Prohalyny v zakonodavstvi ta zasoby ikh podolannia v pravozastosovnij diial'nosti* : monohrafiia. Kharkiv : Pravo [in Ukrainian].

Chuvakova, A.M. (2016). Probel'nost' prava kak vyd anomalyj v prave. *Pravovi ta instytutsijni mekhanizmy zabezpechennia rozvytku derzhavy ta prava v umovakh ievrointehratsii* : materialy Mizhnar. nauk.-prakt. konf. (m. Odesa, 20 travnia 2016 r.) : u 2 t. T. 1. Odesa [in Russian].

Kolotova, O.V. (2010). *Prohalyny u pravi ta shliakhy ikh podolannia*: avtoref. dys. … kand. iuryd. nauk : 12.00.01 / Instytut derzhavy i prava im. V.M. Korets'koho NAN Ukrainy. Kyiv [in Ukrainian].

Kostenko, M.A. (2009). Probel zakonodatel'stva v svete teoryy y praktyky pravotvorcheskykh oshybok. *Pravotvorcheskye oshybky: poniatye, vydy, praktyka y tekhnyka ustranenyia v postsovetskykh hosudarstvakh* : materyaly Mezhdunar. nauch.-prakt. kruhloho stola (29–30 maia 2008 h.) / pod red. V.M. Baranova, Y.M. Matskevycha. Moskva : Prospekt [in Russian].

Baranov, V.M. (1989). *Ystynnost' norm sovetskoho prava. Problemy teoryy y praktyky*. Saratov : Yzd-vo Sarat. un-ta [in Russian].

Uranskyj, F.R. (2005). *Probely v prave y sposoby ykh vospolnenyia v pravoprymenytel'noj deiatel'nosty* : avtoref. dyss. … kand. iuryd. nauk: 12.00.01. Moskva [in Russian].

Tsyppelius, R. (2004). *Yurydychna metodolohiia* : per. z nim. Kyiv : Referat [in Ukrainian].

Резюме

Чувакова Г.М. **Аномалії нормотворчої діяльності.**

У статті зазначається, що для діалектичного розуміння необхідно досліджувати конструкції з об'єктами, які перебувають у постійному русі, розвитку, а також у перехідному стані. Між умовними полюсами (норми та патології) є велике поле відхилень, аномалій.

Відхилення в юридичних явищах і процесах можуть розумітися в широкому сенсі, і тоді розглядатися не тільки в негативному, а й позитивному аспекті. Позитивні відхилення, як правило, свідчать про ті чи інші тенденції розвитку правової сфери суспільного життя. Але коли йдеться про аномалії, то можна говорити лише про відхилення в негативному сенсі. Так, аномалії у правовій сфері є негативними відхиленнями від норми.

Автор виокремлює такі різновиди аномалій права, як аномалії нормотворчої діяльності – прогалини та колізії в праві; аномалії в правовій поведінці – зловживання правом та об'єктивно протиправна поведінка та аномалії в правореалізації – юридичний конфлікт, дефектні юридичні факти.

Ключові слова: аномалії в праві, аномалії нормотворчої діяльності, колізія у праві, прогалини у праві.

Резюме

Чувакова Г.М. **Аномалии нормотворческой деятельности.**

В статье отмечается, что для диалектического понимания необходимо исследовать конструкции с объектами, которые находятся в постоянном движении, развитии, а также в переходном состоянии. Между условными полюсами (нормы и патологии) – большое поле отклонений, аномалий.

Отклонения в юридических явлениях и процессах можно понимать в широком смысле, и тогда рассматривать их не только в отрицательном, но и в положительном аспекте. Положительные отклонения, как правило, свидетельствуют о тех или иных тенденциях развития правовой сферы общественной жизни. Но когда речь заходит об аномалиях, то можно говорить лишь об отклонении в отрицательном смысле. Так, аномалии в правовой сфере являются отрицательными отклонениями от нормы.

Автор выделяет такие разновидности аномалий права, как аномалии нормотворческой деятельности – пробелы и коллизии в праве; аномалии в правовом поведении – злоупотребление правом и объективно противоправное поведение и аномалии в правореализации – юридический конфликт, дефектные юридические факты.

Ключевые слова: аномалии в праве, аномалии нормотворческой деятельности, коллизия в праве, пробелы в праве.

Summary

Hanna Chuvakova. **Anomalies in rulemaking.**

The article deals with the issue of the necessity of studying constructions with objects that are in constant motion, development, and also in a transitional state for dialectical comprehension. Between the conventional poles (of a norm and of a pathology) there is a large field of deviations, anomalies.

Deviations in legal phenomena and processes can be understood in a broad sense and then considered not only in a negative, but also in a positive sense. Positive deviations usually indicate certain tendencies of development of the legal sphere of public life. But when it comes to anomalies, we can speak only of deviations in the negative sense. Then anomalies in the legal field are negative deviations from the norm.

Therefore, anomalies of law, legal anomalies and unlawful anomalies can be discerned among anomalies in the legal sphere.

The author states that the anomalies of law are not initially provided, but these phenomena objectively exist, and despite they are deviations from the norm, they are not legally punishable. The anomaly of the law is a deviation from the general pattern, from the normal formation and development of social relations, caused by various objective and subjective factors.

The author distinguishes such kinds of anomalies of law as anomalies in rulemaking, that is gaps and conflicts in law; anomalies in legal behavior, that is abuse of rights and objectively unlawful behavior; and anomalies in legal implementation, that is legal conflict, defective legal facts.

This article deals specifically with anomalies in rulemaking, which include, first of all, anomalies in the system of legislation, among which there are conflicts in law and gaps in law.

Conflict in law is a type of legal conflict arising when there are differences (in particular, contradictions) between the rules of law enshrined in the law and regulating the same factual relations.

Gap in law is the complete or partial absence in the formal sources of law of the rules, principles, or ideas necessary for the professional legal assessment of the facts and relationships that have arisen or may arise in such a sphere of public relations that is or should be within the sphere of legal regulation.

Key words: anomalies in law, anomalies in rulemaking, conflict in law, gaps in law.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.08

УДК 340.12.04 – 022.344 (045)

В.Е. КОПИТКОВ

Владислав Едуардович Копитков, *аспірант Інституту права, економіки і міжнародних відносин Міжнародного гуманітарного університету*[*]

ORCID: 0000-0001-6710-9228

ЦИКЛІЧНІСТЬ ЯК СУЧАСНА ПАРАДИГМА ОСЯГНЕННЯ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Правова реальність у сучасних умовах через потужні «сейсмічні поштовхи» різної сили набуває нової динаміки і турбулентності, посилюючи відчуття кризи, яка стрімко прогресує. З часів, коли Г. Дж. Берман прокламував кризу західного права, ситуація набула нових характеристик, проте головні її ознаки стали лише ще більш очевидними: «право не сприймається більше як ціле, як corpus juris, а, скоріше, як сукупність норм, які були прийняті під впливом моменту і поєднаних тільки формально за допомогою прийомів юридичної техніки… Право стає більш фрагментованим, суб'єктивним, більше налаштованим на зручність (вигідність), аніж на мораль, воно більше турбується про одномоментні наслідки, аніж про послідовність і тягліcть»[1]. Серед шляхів подолання кризи фахівці називають необхідність оновлення методологічних засад юриспруденції, більш сміливе звернення до напрацювань інших галузей сучасного знання. Так, на нашу думку, у пригоді загальнотеоретичній і прикладній юриспруденції може стати парадигма циклічності, яка ще досі є новою для юридичної школи, проте широко використовується в інших сферах наукового знання (цикли Кондрат'єва в економіці[2], циклічність в соціологічних дослідженнях П. Сорокіна[3], життєві цикли етносів Л. Гумільова[4]). Розглядаючи правову реальність як соціологічний феномен, вплив на який, безумовно, мають економічні, політичні, культурні фактори, ми можемо деякі висновки названих циклічних концепцій екстраполювати і на юридичну сферу, передусім на правове регулювання та законодавчу діяльність. Циклізм фрагментує право, більш рельєфно виявляє його статику і динаміку, детерміновані й біфуркаційні процеси. Завдяки циклічному підходу можливо охоплювати як малі, так і великі темпоральні періоди (малі, середні, великі законодавчі цикли), досліджувати «живу» природу правових явищ («життєві цикли» закону). Циклічний підхід, що має інтегративний та міждисциплінарний характер, ефективно використовується для дослідження політичної реальності (теорія політичних бізнес-циклів В. Нордхауса[5], А. Ліндбека[6], Е. Тюфте[7]). Політична реальність є такою, що впливає та почасти навіть формує «порядок денний» права, його вектор розвитку. Крізь призму «циклічності» всі ці зв'язки ми не просто фіксуємо, ми можемо їх аналізувати, виробляти прогнози, знаходити стабілізуючі компоненти, створювати свою «вакцину», «ліки» для підтримки та підвищення «імунітету» правової системи, що особливо важливо в турбулентні періоди економічних та політичних криз.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. На превеликий жаль, сучасна юриспруденція поки що мало уваги приділяє феномену циклічності, його дослідженню у праві. Проте окремі напрацювання науковців свідчать про зростання інтересу до цих питань. Наприклад, Ю.О. Тихомиров зазначає, що циклічний підхід до розвитку права дає змогу відмовитися від механістичного ставлення до нього і спрощених оцінок, з одного боку, та від суто «текстового» сприйняття права як набору правових актів, які приходять на зміну один

© В.Е. Копитков, 2019

[*] ***Vladyslav Kopytkov,*** *Postgraduate student of the Institute of Law, Economics and International Relations of the International Humanitarian University*

одному, – з другого. З його допомогою виникає можливість розкрити, зрозуміти і усвідомлено впливати на всі стадії життя як публічного права, так і приватного. Бачити їх зв'язки і взаємопереходи, виявляти приховані грані права[8]. Концепція циклічності стала основою і для «теорії конституційних циклів» А.Н. Медушевського, який виокремлює еволюційні та революційні моделі конституційної циклічності, різні моделі конституційних циклів у постсоціалістичних країнах, оцінює стратегії виходу з них[9]. Він доходить основного висновку, що циклічність простежується у конституційному розвитку різних держав світу, зокрема, це виявляється у закономірностях прийняття та внесення змін до конституції. Цікавими є і наукові праці вітчизняного вченого-правника у сфері державного управління О. Онуфрієнка, який досліджує окремі аспекти циклічної динаміки процесів у механізмі правового регулювання, алгоритмічну природу нормативно-правових актів та специфіку циклічного застосування правових норм для врегулювання суспільних відносин[10]. Є.В. Скурко розмірковує про циклічну природу правових систем[11]. Усі ці роботи, ми впевнені, є лише першими кроками у дослідженнях правового циклізму: простір тут є набагато ширшим. Це і законотворча діяльність (проєктування законів на основі юридичного прогнозування, конструювання оптимальної та гнучкої форми законів), внутрішні цикли права (циклічність правового регулювання, законодавства, правових систем, правових доктрин), цикли, у які право потрапляє взагалі. Проте, на нашу думку, науковців чекає ще «відкритий космос» для осягнення права у розрізі теорії циклічності.

Формулювання мети статті. Враховуючи зазначене, **метою** цієї роботи є вивчення правової реальності в циклічній парадигмі на прикладі циклічності законодавчої діяльності та закону, а також аргументація актуальності циклічного підходу в дослідженнях теоретичної та прикладної юриспруденції.

Виклад основного матеріалу. Стосовно правової реальності нерідко побутує враження про чи не механістичне (лінійне) її функціонування: є закони (правові норми) – юридично закріплені правила поведінки людей, є державні інституції, котрі забезпечують виконання цих норм, і є суспільство, в інтересах якого саме створюються і діють ці правила. У взаємодії все це і має становити певну «матрицю» правової реальності (у спрощеному, загальному розумінні). Проте, як бачимо на практиці, у житті все набагато складніше. Сучасний темп розвитку економічних, політичних, культурних процесів, прискорена діджиталізація[12] майже усіх сфер суспільного життя нерідко не збігаються з динамікою законодавчих змін: «закам'яніле» право не встигає за динамічним, живим світом. І це є певним викликом. Право і суспільство нібито опинилися в різних «парадигмах» розвитку. Соціум зі всією його інфраструктурою в сучасних умовах рухається на великій швидкості, створюючи і відповідаючи на все нові й нові виклики. А юриспруденція, як і раніше, здебільшого інтерпретує статичні стани права – принципи, акти, правовідносини, юридичні факти, відповідальність і т.п., без аналізу реальних тенденцій його розвитку[13], без ґрунтовних досліджень внутрішніх динамічних процесів, які продукує наявна правова реальність. То ж інноваційний підхід циклічності, який пропонується для осягнення сучасної правової реальності – це спроба «оживити» право, виявити нові його грані, властивості, ресурси. Так, уже здійсненим дослідженням правового регулювання суспільних відносин у сфері торговельної діяльності виявлено досить очевидний циклічний характер її розвитку[14]. Ця сфера від зародження до сучасності «пройшла» шість великих законодавчих циклів, які стали необхідно послідовними «сходинками» вдосконалення її правового регулювання та уможливили визначення пріоритетів подальшого розвитку законодавства у цій царині. Як зазначають фахівці, при дослідженні правозастосовних відносин, наприклад, у сфері розслідування злочинів, нескладно помітити, що відомі стадії правозастосування періодично повторюються, змінюючи одна одну і утворюючи тим самим взаємопов'язані цикли правозастосування[15]. Доволі цікаві кореляції виявлені й у дискурсі циклічності у цілісному процесі законодавчої діяльності. На загальнотеоретичному рівні тут досить чітко виявляються взаємозалежності з процесами, які відбуваються у політиці та економіці[16]. Більше того, циклічність виступає у якості форми та методу нормотворчої діяльності. Це дало підстави для позначення категорії «законодавчий цикл», який розуміється як певний період законодавчої діяльності, що відображає динаміку та спрямованість нормотворчого процесу, має за мету подолання кризи, вирішення актуальної проблеми та тією чи іншою мірою залежить від економічної чи політичної кон'юнктури. Законодавчий цикл проходить стани зародження, розвитку й затухання. За певними критеріями (їх може бути досить багато) законодавчі цикли можна класифікувати на види. Так, за термінами поширення вони можуть бути невеликі (малі, середні) та великі. За кількістю прийнятих нормативних актів, у рамках одного циклу, є активні та пасивні. За ступенем дієвості (ефективності) прийнятих законів вони поділяються на позитивні та негативні. Кожен законодавчий цикл може мати свою назву, що вказуватиме на його предметність, акцентуючи цим те, на вирішення (врегулювання) якої актуальної проблеми чи комплексу питань він був спрямований. На нашу думку, метод циклічності дає правникам змогу бачити проблему комплексно, використовувати знання, накопичені іншими науками, досліджувати законодавчу діяльність в різні періоди, та сприймати законодавчу систему як продукт тривалої еволюції. Врешті-решт, завдяки цьому підходу ми можемо зробити більш глибокі дослідження та взагалі по-іншому подивитися на окремі періоди й увесь в цілому законодавчий процес за всі роки незалежності нашої країни. Вивчити його внутрішні цикли, класифікувати їх, дати їм оцінку, спробувати промоделювати різні варіації подальшого розвитку національного законодавства в контексті економічних та політичних змін, суспільної трансформації. Проте це вже окрема проблематика, яка потребує спеціального ґрунтовного аналізу.

Важливою категорією для розуміння циклічної природи правових явищ є категорія «життєві цикли» закону. Останні роки у дослідженнях закону домінує доктринальна легістика, тобто вивчається суто юридична складова цього феномена, проте ми маємо розуміти, що природа закону є не тільки правовою, вона

багатогранна. Його ефективність визначається, головним чином, саме соціальним змістом. Можливо говорити про те, що природа закону полягає в єднанні двох енергій, сил: юридичної та соціальної. За циклами розвитку закон можна порівняти з живою матерією. Так, це зовсім умовне порівняння, але якщо ми подивимося уважно на процес створення закону, його подальшого розвитку, то знайдемо певну схожість із розвитком біологічного організму, а саме, з його «життєвими циклами». Перший «життєвий цикл» закону починається з «народження» законодавчої ідеї і закінчується її формалізацією у нормативно-правовий акт вищої юридичної сили. Другий цикл – «соціальна адаптація» закону, перевірка його на життєздатність. Третій цикл – функціонування закону. І останній, четвертий «життєвий цикл», це втрата законом своєї суспільної актуальності, власного призначення і його «юридична смерть». Кожен із цих циклів має свою мету та завдання. Всі ці чотири цикли можна також об'єднати ще в один «життєвий цикл» закону, який буде характеризувати не окрему стадію його розвитку, а весь його «життєвий шлях». Що дає нам така циклізація? По-перше, в процесі дослідження кожного циклу розвитку закону можна виявити особливості, притаманні тільки цій даній стадії, це і її специфічні елементи, певні фактори впливу. Також ми можемо бачити недоліки на кожному етапі становлення закону, завчасно виправляти їх, щоб закон у подальшому не втрачав своєї динаміки, життєздатності й ефективності. По-друге, ми вже закон досліджуємо не просто як документ, а як «живу» юридичну матерію, що має органічно кореспондуватися з суспільством. А це вже зовсім інше, це інша парадигма бачення права, закону як його основного джерела. Циклічність у праві, враховуючи її універсальність, можливо використовувати у повному обсязі і для розвитку юриспруденції, правотворчої, правозастосовної діяльності, пропонуючи найбільш оптимальні рішення відповідно до різноманітних суспільних потреб[17].

Таким собі науковим «трендом» є сьогодні звернення до біфуркаційних (хаотичних) механізмів та самоорганізаційних процесів у правовій реальності. Основним методом вивчення та пояснення тут є синергетичний підхід, заснований Г. Хакеном та І. Пригожиним. Вперше цей підхід у юриспруденції був запропонований А.Б. Венгеровим, який стверджував, що синергетична методологія являє собою не кон'юнктурне механічне запозичення, а означає органічну потребу вивчати право в його нових формах існування, адекватних переходу людства в загальнопланетарному масштабі до ринкових процесів, що саморегулюються в економічному житті, до формування потужної інформаційної сфери людства, до політичного поліцентризму (поява декількох потужних центрів) і спонтанним началам у сучасному міжнародному житті[18]. Не зважаючи на такий інноваційний характер синергетичного підходу на практиці, і навіть у правових дослідженнях його дуже складно застосувати. Успіхів цей метод поки що більше досяг у природознавстві та математиці. Проте основна проблематика, яку досліджують представники сенергетичної школи, а саме вивчення права і його елементів у динамічному процесі становлення та розвитку є й досі актуальною та збігається з проблемою, яка є дотичною до циклічного підходу. Тут навіть доцільно говорити про єдиний об'єкт дослідження. Але є різниця в підходах. Досліднику циклічності цікавий весь процес, включаючи і детерміновані, і біфуркаційні його елементи. Як виходити з кризових ситуацій, переживати «турбулентність», можливо, «випадок» є також детермінантою, і завдяки циклічності ми вийдемо на формулу його прогнозування у праві? А можливо через циклічність ми вийдемо на «живу», в тому числі самоорганізаційну природу права, пізнаємо його алгоритми? Все це є питання-завдання, на котрі потрібно відповідати, і котрі потрібно досліджувати. Основа сучасного світу жива, динамічна, основа сучасного права, на жаль, догматична чи є такою, що складно назвати жвавою. Рухливість, динаміка, властивість, перетворення – всі ці поняття з природничих наук, проте саме вони можуть стати тими «містками» у дослідженнях правової реальності, що розкриють її соціальну природу й сутність. Таким «містком», ми вважаємо, може стати і циклічний підхід.

Висновки. Циклічність є давньою філософської ідеєю та концепцією, що сповідується у різних наукових сферах. Щоб стати науковою теорією і парадигмою, вона пройшла великий еволюційний шлях від античності до сучасності. Циклічний підхід знаходиться на «озброєнні» багатьох наук. Він дає вченим цілу методологічну базу для своїх наукових досліджень, зовсім інше бачення процесів, що відбуваються в різних сферах людського життя. Однією з них є і правова реальність. Завдяки циклічності ми можемо аналізувати минуле, моделювати майбутнє, простежувати динаміку розвитку будь-яких правових явищ та процесів. На прикладі «законодавчого циклу» ми побачили, що циклічність може бути і формою законодавчого процесу, і методологічним інструментом для законодавчої діяльності. Через категорію «життєві цикли» закону виявляється соціальна, «жива» природа права, розкривається його динамічна сутність. Циклічність розширює понятійний та категоріальний апарат теоретичної юриспруденції. Цей підхід є важливим і в дослідженнях детермінованих та біфуркаційних процесів у праві. Міждисциплінарний, інтегративний характер доктрини циклічності дає нам змогу екстраполювати на сферу сучасної юриспруденції деякі знання і напрацювання з інших наук, зокрема з економіки та політики.

Все це дає нам підстави стверджувати, що феномен циклічності є важливим у процесі дослідження правової реальності, в процесі її пізнання. І як парадигма, і як методологічна основа, циклічність може відіграти значну роль у змінах якості права. Ми акцентуємо й на тому, що сьогодні вже є ґрунтовні напрацювання у праві, де використовується циклічний підхід, проте це лише «перші ластівки». Теоретичний і методологічний потенціал цього підходу для загальнотеоретичної та прикладної юриспруденції тільки починає відкривати себе дослідникам. Можливо висловити впевненість, що звернення до цієї проблематики заінтересованих фахівців буде корисне як науці, так і суспільству.

[1] Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. Москва: Изд-во МГУ; Изд. группа ИНФРА-М - НОРМА, 1998. С. 52–53.

[2] Кондратьевские волны. Аспекты и перспективы / А.А. Акаев, Р.С. Гринберг, Л.Е. Гринин и др. Волгоград: Учитель, 2012. 384 с.

[3] Сорокин П.А. Обзор циклических концепций социально-исторического процесса. *Социологические исследования*. 1998. № 12. С. 3–14.

[4] Гумилев Л.Н. Этногенез и биосфера Земли. Ленинград: Гидрометеоиздат, 1990. 528 с.

[5] Nordhaus W. The Political Business Cycle / Review of Economic Studies. 1975. Vol. 42. P. 169–190.

[6] Lindbeck A. Stabilization Policies in Open Economies with Endogenous Politicians. *American Economic Review Papers and Proceedings*. 1976. P. 1–19.

[7] Tufte E., Gordon S. Political Control of the Economy. *Business Horizons.* 1979. Vol. 22. Issue 5. P. 83–84.

[8] Тихомиров Ю.А. Циклы правового развития. *Журнал российского права.* 2008. № 10. С. 15–22. С. 15.

[9] Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. Москва: ГУ ВШЭ, 2005. 574 с.

[10] Онуфрієнко О.В. Алгоритмична природа норм права та нормативно-правових актів: досвід простеження аналогій. *Українське право.* 2000. № 1. С. 152–159.

[11] Скурко Е.В. Правовые принципы в правовой системе, системе права и системе законодательства: теория и практика. *Изв. высших учеб. заведений.* Серия: Правоведение. 2006. № 2. С. 55–61.

[12] Україна у стилі digital. URL: http: // yur-gazeta.com/publications/practice/informaciyne-pravo-telekomunikaciyi/ukrayina-u-stili-digital.html (дата звернення: 27.11.2019).

[13] Див., напр.: Теория государства и права / под ред. В.К. Бабаева. 2-е изд. Москва, 2006; Скурко Е.В. Принципы права в современном нормативном правоприменении. Москва, 2008.

[14] Копитков В.Е. Генеза правового регулювання торговельної діяльності в Україні як приклад циклічності законодавства. *Науковий збірник «Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції».* 2019. № 2. С. 20–23.

[15] Евдокимова Е.Г. Цикличность правоприменения. *Правоведение*. 2001. № 6. С. 20–27. С. 20.

[16] Копитков В.Е. Циклічність законодавчої діяльності як предмет загальнотеоретичного дослідження. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Сер.: Право. 2018. Вип. 53. Т. 1. С. 27–31.

[17] Чурсин В.Д. Цикличность в праве (методологический анализ). Ставрополь, 1998. С. 30.

[18] Корунчак Л.А. Проблема використання синергетичного підходу при дослідженні правових явищ. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 3. С. 58–62. С. 59.

References:

Berman, G.Dzh. (1998). Zapadnaya traditsiya prava: epokha formirovaniya. M.: Izd-vo MGU; Izd. gruppa INFRA-M – NORMA [in Russian].

Akayev, A.A., Grinberg, R.S., Grinin, L.Ye. [y dr.] (2012). Kondrat'yevskiye volny. Aspekty i perspektivy. Volgograd: Uchitel' [in Russian].

Sorokin, P.A. (1998). Obzor tsiklicheskikh kontseptsiy sotsial'no-istoricheskogo protsessa. *Sotsiologicheskiye issledovaniya.* 12, 3–14 [in Russian].

Gumilev, L.N. (1990). Etnogenez i biosfera Zemli / L.N. Gumilev. L: Gidrometeoizdat [in Russian].

Nordhaus, W. (1975). The Political Business Cycle. *Review of Economic Studies.* 42, 169–190 [in English].

Lindbeck, A. (1976). Stabilization Policies in Open Economies with Endogenous Politicians / American Economic Review Papers and Proceedings [in English].

Tufte, E., Gordon, S. (1979). Political Control of the Economy / E. Tufte / Business Horizons. 22, 5 [in English].

Tikhomirov, Yu.A. (2008). Tsikly pravovogo razvitiya. *Zhurnal rossiyskogo prava*. 10, 15 [in Russian].

Medushevskiy, A.N. (2005). Teoriya konstitutsionnykh tsiklov. / A.N. Medushevskiy. M.: GU VSHE [in Russian].

Onufriyenko, O.V. (2000). Alhorytmychna pryroda norm prava ta normatyvno-pravovykh aktiv: dosvid prostezhennya analohiy / O.V. Onufriyenko / Ukrayins′ke pravo. 1 [in Ukrainian].

Skurko, Ye.V. (2006). Pravovyye printsipy v pravovoy sisteme, sisteme prava i sisteme zakonodatel'stva: teoriya i praktika / Izv. vysshikh ucheb. zavedeniy. Seriya: Pravovedeniye. 2 [in Russian].

Ukrayina u styli digital. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/informaciyne-pravo-telekomunikaciyi/ukrayina-u-stili-digital.html (Data zvernennya: 27.11.2019) [in Ukrainian].

Babayeva, V.K. (pod red.), (2006). Teoriya gosudarstva i prava. M. [in Russian].

Skurko, Ye.V. (2008). Printsipy prava v sovremennom normativnom pravoprimenenii. M. [in Russian].

Kopytkov, V.E. (2019). Heneza pravovoho rehulyuvannya torhovel′noyi diyal′nosti v Ukrayini yak pryklad tsyklichnosti zakonodavstva. *Naukovyy zbirnyk «Aktual'ni problemy vitchyznyanoyi yurysprudentsiyi»*. 2, 20–23 [in Ukrainian].

Yevdokimova, Ye.G. (2001). Tsiklichnost' pravoprimeneniya. *Pravovedeniye*. 6, 20 [in Russian].

Kopytkov, V.E. (2018). Tsyklichnist′ zakonodavchoyi diyal′nosti yak predmet zahal′noteoretychnoho doslidzhennya. *Naukovyy visnyk Uzhhorods'koho natsional'noho universytetu.* Ser.: Pravo. 53, 1 [in Ukrainian].

Chursin, V.D. (1998). Tsiklichnost' v prave (metodologicheskiy analiz). Stavropol' [in Russian].

Korunchak, L.A. (2011). Problema vykorystannya synerhetychnoho pidkhodu pry doslidzhenni pravovykh yavyshch. *Chasopys Kyyivs'koho universytetu prava*. 3, 59 [in Ukrainian].

Резюме

Копитков В.Е. **Циклічність як сучасна парадигма осягнення правової реальності.**

Робота присвячена новітньому підходу в юридичній науці, феномену циклічності. Циклічність виступає властивістю правової реальності, формою правового регулювання, законодавчого процесу. Крізь призму циклічності розкривається «жива» природа права, його динамічна сутність. Поняття «законодавчий цикл», категорія «життєві цикли» закону, запропоновані автором, є такими, що наочно показують, як працює універсальний закон циклізму в юридичній сфері.

Ключові слова: циклічність, правова реальність, жива природа права, законодавчий цикл, життєві цикли закону, універсальний закон циклізму.

Резюме

Копытков В.Э. **Цикличность как современная парадигма постижения правовой реальности.**

Работа посвящена новейшему подходу в юридической науке, феномену цикличности. Цикличность выступает свойством правовой реальности, формой правого регулирования, законодательного процесса. Через призму цикличности раскрывается «живая» природа права, его динамическая сущность. Понятие «законодательный цикл», категория «жизненные циклы» закона, предложенные автором, являются таковыми, которые наглядно показывают, как работает универсальный закон циклизма в юридической сфере.

Ключевые слова: цикличность, правовая реальность, живая природа права, законодательный цикл, жизненные циклы закона, универсальный закон циклизма.

Summary

Vladyslav Kopytkov. **Cyclicality as a modern paradigm of comprehending legal reality.**

The work is dedicated to the newest approach in legal science, the phenomenon of cyclicality. Cyclicality is a long-standing philosophical idea and concept that is practised in various scientific fields. To become a scientific theory and paradigm, it has gone a long evolutionary way from antiquity to modernity. The cyclical approach is in the "armament" of many sciences. It provides scientists with a whole methodological basis for scientific research, a completely different vision of the processes occurring in various spheres of human life. Unfortunately, modern jurisprudence still pays little attention to the phenomenon of cyclicality, its study in law. However, some developments of scientists indicate a growing interest to these issues. For example, Yu. A. Tikhomirov notes that the cyclical approach to the development of law allows us to abandon the mechanistic attitude to it and simplified assessments on the one hand, from a purely "text" perception of law as a set of legal acts that come in place of each other - on the other hand. With its help, there is an opportunity to reveal, understand and consciously influence all stages of life of both public and private law. To see their connections and crossovers, to identify the hidden facets of law. The concept of cyclicality has also become the basis for the "theory of constitutional cycles" by A.N. Medushevsky, who identifies evolutionary and revolutionary models of constitutional cycling, various models of constitutional cycles in post-socialist countries, and assesses exit strategies. He comes to the main conclusion that the cyclicality is traced in the constitutional development of different countries of the world, in particular, it is manifested in the laws of adoption and modification of the constitution.

Due to cyclicality, we are able to analyze the past, model the future, trace the dynamics of any legal phenomena and processes. On the example of the "legislative cycle", we see that cyclicality can be both a form of legislative process and a methodological tool for legislative activity. Through the category of "life cycles" of law, the social, "living" nature of law is manifested, its dynamic essence is revealed. The cycle extends the conceptual and categorical apparatus of theoretical jurisprudence. This approach is also important in the study of deterministic and bifurcation processes in law. The interdisciplinary, integrative nature of the doctrine of cyclicality allows extrapolating into the sphere of modern jurisprudence some knowledge and developments in other sciences, in particular, economics and politics.

All this suggests that the phenomenon of cyclicality is important in the process of studying the legal reality, in the process of learning it. Both the paradigm and the methodological basis of cyclicality can play a significant role in changing the quality of law. We also emphasize that today there are already substantial developments in the law, which uses the cyclical approach, however, these are only "first swallows". The theoretical and methodological potential of this approach for general theoretical and applied jurisprudence is only beginning to be discovered by researchers. It is possible to express confidence that addressing these issues by interested specialists will be useful to both science and society.

Key words: cyclicality, legal reality, living nature of law, legislative cycle, life cycles of law, universal law of cyclism.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.09

УДК: 340.11:165.243

Д.В. ЩАМБУРА

Денис Володимирович Щамбура, *аспірант Міжнародного гуманітарного університету*[*]

ORCID: 0000-0002-5845-6850

«ЖИВЕ ПРАВО» Є. ЕРЛІХА ТА ЙОГО СУЧАСНА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ

Постановка проблеми. Розвиток сучасної науки про право значною мірою залежить від її інтеграції з іншими науками, що зумовлено не лише внутрішньою логікою та тенденціями розвитку самої науки, а й необхідністю розв'язання комплексних завдань, що потребують використання теорій, концепцій, методології суміжних галузей знань. Бо, як слушно вважає С.С. Сливка, методологічно правильно побудована та наука, яка ґрунтується на певній сукупності концептів різних наук. На основі цього вибудовується справжня методологічна будова права, є можливість здійснювати широкий методологічний аналіз, виводити нову методологічну стратегію, що обґрунтовується коеволюційним зв'язком людини з природою, антропологією, синергетикою та іншими сучасними науками[1]. Так, сьогодні дослідження феномена права здійснюється не лише

© Д.В. Щамбура, 2019

[*] ***Denis Shchambura,*** *Postgraduate student of the International Humanitarian University*

загальнотеоретичною юриспруденцію, а й соціологією права, причому остання набула статусу самостійної науки порівняно недавно: її основоположником майже одностайно вважається Євген Ерліх, а публікація у Відні його праці «Основи соціології права» 1913 р. – датою народження такої дисципліни, як соціологія права. За словами М. Ребіндера, Євген Ерліх є ключовою постаттю, з якою пов'язується виникнення соціології права[2]. На думку В. П. Марчука, «вивчаючи проблеми виникнення і розвитку соціологічного напрямку в юриспруденції, слід неодмінно починати з дослідження наукової спадщини родоначальника цього напрямку Є. Ерліха»[3]. Уся наукова спадщина Є. Ерліха, що охоплює понад 70 праць, із яких значна частина залишились в оригіналі – німецькою мовою, окремі перекладені англійською, італійською, японською, а також українською (переклад низки праць Є. Ерліха українською мовою опубліковано часописом «Проблеми філософії права» 2005 р. – *Д. Щ.*), звісно, потребує монографічного дослідження. Тому вважаємо за доцільне зосередити свою увагу на тих роботах Є. Ерліха, в яких закладена його концепція «живого права», котра пояснює, як воно формується у суспільстві, утверджуючи соціальну справедливість.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наукова спадщина Є. Ерхіха досліджена не повністю. У радянському правознавстві вчення про «вільне право» загалом і погляди Є. Ерліха зокрема були об'єктом критики[4]. Утім, надалі твори Є. Ерліха привертають усе більше уваги як вітчизняних, так і зарубіжних дослідників, серед яких М.В. Антонов[5], В.С. Бігун[6], В.В. Костицький[7], О.Г. Кобан[8], В.П. Марчук[9], М. Ребіндер[10] та ін. Однак питання про те, як ідеї Є. Ерліха можуть бути інтерпретовані для розуміння права у нових суспільних умовах, потребує окремого дослідження.

Мета статті полягає у тому, щоб проаналізувати вчення Є. Ерліха про «живе право» та його сумірність з сучасним поняттям «неофіційне право».

Виклад основного матеріалу. У юридичній науці поширена думка, що першу спробу осмислення права як соціально зумовленого, динамічного, «живого» явища здійснив С.А. Муромцев, який у праці «Определение и основное разделение права» (1879 р.) дійшов висновку, що визначення права слід починати не з норми, а з тих соціальних відносин, що її зумовлюють[11]. Так, учений писав: «замість сукупності правових норм під правом слід розуміти сукупність юридичних відносин (правовий порядок). А норми є лише новим атрибутом порядку»[12]. Не заперечуючи цього факту, зауважимо, що «живе право» найбільш виразно представлено у вченні Є. Ерліха. У своїй статті «Соціологія і юриспруденція»[13], опублікованій 1906 р., учений виклав власне розуміння права та низку важливих міркувань про природу і значення соціології (права) та юриспруденції. Зокрема, Є. Ерліх вважав помилкою, що «юристи звикли вважати правом лише те, що виходить від держави, скріплене загрозливим державним примусом: усе ж інше – це звичаї, мораль чи подібні утворення. Проте вже сама норма права відмінна від норми звичаєвої своєю природою і змістом, так само, як звичаєва норма своєю природою і змістом – від релігійної норми, норми увічливості чи правила хорошого тону». Як указує Є. Ерліх, йдеться «не про наявність суперечності між правом і звичаєм, а радше про те, що право виявляється нам у цих випадках у своїй подвійній функції: як організаційна форма і як суддівська норма-рішення»[14]. Свої міркування він ілюструє прикладом дії на Буковині (де жив і працював учений – *Д. Щ.*) австрійського Цивільного кодексу. На думку Є. Ерліха, вплив цього кодексу «є чисто зовнішнім – у формі норми-рішення, що зовсім нечасто застосовується у житті, та й то лише тоді, коли стосунки між батьками й дітьми дають підстави для певного «начальницького» втручання. У всьому ж іншому буковинська сім'я розвивається й процвітає за власним природним правом, не турбуючись про ту норму-рішення[15].

В остаточному підсумку Є. Ерліх доводить, що прийняття законом певних норм ще не означає їх дієвості, бо це залежить від багатьох обставин: «набувши чинності, право йде своїм шляхом: чи правове положення діє, і чи діє воно так, як бажалося, – залежить виключно від того, чи є воно тим засобом, який придатний для поставленої цілі. Слід нарешті також звикнути до думки про те, що для ефекту певного правового положення набагато важливішим є не його тлумачення юристами; натомість – більш важливими є інші обставини: специфіка народу з його соціальною структурою і формуванням, панівний моральний і звичаєвий світогляд, якості тих людей, що покликані їх здійснювати, владні засоби, якими слід користуватися, порядок розгляду спорів[16]. Тому він закликає до дослідження людського суспільства, природи та обсягу тих сил, які діють у суспільстві, розглядаючи юриспруденцію як «морфологію людського суспільства».

Подібні твердження містяться в іншій роботі Є. Ерліха – «Вільне правознаходження та вільне правознавство» (1903 р.), основою якої стала доповідь перед Юридичним товариством Відня. У своїй статті Є. Ерліх виклав концепцію вільного правознаходження і завдання вільного правознавства. Вчений довів, що суди, зокрема судді, користуються при прийнятті рішень не тільки позитивним правом, а й власним розсудом. При цьому, вважав Є. Ерліх, юрист не створює право, він повинен його віднайти. Незважаючи на це, ніхто не сумнівається, що кожне рішення щось додає до чинного законодавства, що воно не просто засвідчує чинне законодавство, але також може стати джерелом нового права[17]. Сукупність норм-рішень, тобто правових положень, відповідно до яких суди вирішують правові спори, Є. Ерліх іменував «правом юристів», а формою його легалізації вважав сучасні кодифікації приватного права.

Як пояснював Є. Ерліх, зі статусу сучасного судді як державного службовця, якому доручено здійснювати правосуддя, з розуміння права як державного наказу для судді, випливає те найвагоміше місце, яке в наші дні займає закон серед інших джерел права. Далі він уточнював, що закон є формою державного права, котре «має служити виключно або майже виключно для того, щоб вказувати державним службовцям, як їм поводитися у переданих їм справах, особливо, як вони повинні вирішувати правові спори[18]. Учений сам вважав таке розуміння однобоким, бо «право існує зовсім для інших цілей, ніж для вирішення правових спорів,

воно є у дійсності основою суспільної організації, воно, говорячи сьогодні вже трохи застарілою мовою бондаря, – кістяк суспільного тіла[19]. Таке образно-високе визначення ролі права у суспільстві, вочевидь, було зумовлено соціоцентричним світоглядом Є. Ерліха.

Один із дослідників наукового доробку Є. Ерліха – В.С. Бігун цілком справедливо зауважує, що соціоцентричність думки Ерліха зумовлювала і його розуміння права, держави і суспільства. Ерліхівське праворозуміння не обмежувалося розумінням права як закону – законоправа (законницького, законного права) (das Gesetzesrecht). Як свідчать його дослідження, він розрізняв три типи права: соціальне право (das gesellschaftliche Recht), право юристів (das Juristenrecht), державне право (das staatliche Recht)[20].

Так, у праці «Вільне правознаходження та вільне правознавство» Є. Ерліх доволі чітко формулює свої погляди на державне право і право юристів. На думку вченого, за державою залишається право не на будь-яке творення права, а лише на законодавство[21]; зовнішньо право юристів цілком було прирівняне законові, і цей факт вже так глибоко проникнув у правосвідомість народу та мислення юристів, що з цим власне матимуть рахуватися ті, хто попри зовнішнє зрівняння визнають внутрішню суперечність[22]. Водночас він упевнений, що право – це власне не застигла догма, а жива сила; видання закону ще не означає його чинності, а з наміру законодавця ще не випливає способу дії[23]. Традиційному догматичному праворозумінню Є. Ерліх протиставляє динамічне, а саме: важливо не просто те, що означає правова норма, а «те, як вона живе, як вона діє, як вона відбивається у різних відносинах, як вони ухиляються від неї, і як вона їх переслідує. Хто вважає, як це частенько робить пануюча доктрина, що закон діє так, як того хоче законодавець, той не помічає широкого шляху, який у всіх людських справах відмежовує засіб від дії та дію від її наслідків»[24]. У зв'язку з цим завданнями «вільного правознавства» учений вважає вивчення «прихованого змісту писаного та неписаного права», судової практики, правовідносин, життєвих відносин незалежно від їх правового регулювання, бо, переконаний Є. Ерліх, у реальності життя передусім саме регулює та визначає себе[25].

Стаття «Про живе право» (1911 р.) містить думки Є. Ерліха щодо того, яке право реально діє у суспільстві, «яким дійсно в своєму щоденному житті керується народ, і якого часто придержуються суворіше, аніж параграфів» (структурні елементи кодексів – *Д. Щ.*)[26]. Учений детально описує методологію дослідження і пропонує квестіонар (опитувальний лист – *Д. Щ.*), що допоможе відшукати живе право. Свої міркування Є. Ерліх завершує таким висновком: «прийшов вже час, щоби прихильники історичної школи, котрі вже не одне століття проповідують велику правду про те, що право мусить випливати із правового переконання самого народу, нарешті вдалися до того, щоб остаточно вивчати те правове переконання народу, про яке безперестанку говорять як про таке, що є єдиним джерелом усього права»[27].

Окрім поняття «живе право», Є. Ерліх увів у науковий обіг поняття «соціальне право», вкладаючи в нього надзвичайно широкий зміст. Своє дослідження живого і соціального права учений продовжив у праці «Основи соціології права» (1913 р.). Її основним стрижнем була ідея про необхідність безпосереднього спостереження за життям як принципово важливим джерелом знань про право. Так, Є. Єрліх вважав неправильною тезу про те, що правові інститути базуються виключно на правових нормах. «Мораль, релігія, звичаї, правила пристойності і такту, так само як і правила хорошого тону і мода, регламентують не тільки несуттєві з точки зору права відносини – вони охоплюють і питання власне правового регулювання. Не можна уявити собі такого соціального союзу, який ґрунтувався б тільки на правових нормах, не вдаючись до підтримки неправових норм, які доповнюють і підсилюють дію права. Лише узгоджена робота всіх видів соціальних норм дає справжню картину дії механізму соціального буття»[28]. На думку Є. Ерліха, суспільство складається з великої кількості різноманітних союзів (сім'я, підприємство, громада тощо), кожен з яких організований відповідно до обов'язкових для їх учасників правил поведінки, що й забезпечують їх внутрішній порядок. Ці правила поведінки і формують соціальне право.

Аналізуючи ідеї Є. Ерліха, В.П. Марчук писав: «Під суспільством учений розуміє сукупність людських союзів, які він розподіляє на самобутні (генетичні) і «нові»[29]. Генетичними союзами, за Є. Ерліхом, є рід, сім'я, сімейна спільність, які зароджуються в суспільстві завдяки несвідомим людським поривам. Спочатку такі самобутні союзи були єдиними організованими групами, із об'єднання яких пізніше утворилася держава. Вони виконували всі суспільні завдання, виступаючи водночас господарськими, релігійними, військовими та правовими союзами, мали спільну мову і звичаї. Надалі виконання суспільних завдань беруть на себе інші, нові союзи, що є усвідомленими, цілеспрямованими людськими творіннями: магістрати, держава, релігійні общини, політичні партії, суспільні групи, які мають визначену корисну мету, суспільні об'єднання і виробничі спілки у сільському господарстві, в майстернях і фабриках, промислових об'єднаннях, союзах спеціалістів, транспортному виробництві. Підсумовуючи, В.П. Марчук твердить, що Є. Ерліх розглядав суспільство не як сукупність окремих індивідів, а як комплексне сплетіння людських союзів. Тому, щоб зрозуміти джерела, розвиток та сутність права, необхідно передовсім вивчити порядок, який існує в союзах[30].

Характерними рисами соціального права Є. Ерліх вважав і загальне усвідомлення необхідності певної норми, і соціальний характеру примусу права: «людина поводиться згідно з правом передовсім тому, що її до цього змушують її суспільні зв'язки»[31]. Як підкреслює вчений, «у результаті дотримання норм людина стає законослухняною, моральною, віруючою, поважаючою звичаї, пристойною, тактовною, чесною, чемною, розвиненою. При цьому людина підпорядковується нормам з власного переконання, і це надає стабільності її діям. Суспільний тиск, який забезпечує відповідність поведінки нормам у кожному окремому випадку, не слабне в інших випадках, адже він уже сформував спосіб мислення людини. Так соціальні норми формують індивідуальну неповторність»[32].

Наприклад, Є. Ерліх зауважив, що сучасне законодавство все більше відмовляється від того принципу, котрий передбачає правове втручання в справи сім'ї. Однак навіть якщо скасувати все сімейне право, створене державою, то сім'ї безумовно не зазнали б істотних змін, – на щастя, дуже рідко норми сімейного права потребують саме державного примусу[33]. Інакше кажучи, значна частина відносин, правових за своїм характером, існує навіть без втручання держави.

Загалом Є. Ерліх вважав розуміння права як примусового порядку одностороннім, оскільки в такому разі увага приділяється лише тим складовим частинам права, які свою силу отримують від держави. Натомість хорошим прикладом правильного підходу до проблеми він називав «розгляд права не лише самого по собі, а й у контексті всього суспільного життя загалом»[34].

Важливо з'ясувати, на нашу думку, ставлення Є. Ерліха до державного права. Ми не можемо повністю погодитися з твердженнями тих дослідників, які називають ідеї Є. Ерліха антиетатистськими (Р.О. Гаврилюк[35], А.З. Георгіца[36]). Більш слушними є міркування М.В. Антонова: навіть якщо він (Є. Ерліх – *Д. Щ.*) говорить про існування двох правопорядків – створеного суспільством і сформованого в результаті діяльності юристів і суддів, – то йдеться про суто аналітичні конструкції, які мислитель уводить для того, щоб показати – реальне право утворюється як єдність цих двох правопорядків[37].

Учений не заперечував значення державного права в свою епоху (що характерно й для сучасності – *Д. Щ.*) і не виключав можливості для державного права отримати соціальну значущість, інакше кажучи, набути статусу живого права. Бо і державне, і соціальне право зумовлене необхідністю впорядкування суспільного життя, але фактичні суспільні відносини передують правотворчій діяльності держави. Так, Є. Ерліх писав: «величезне значення держави для права ґрунтується на тому, що суспільство користується державою як своїм органом, якщо мова йде про те, щоб надати сильну підтримку праву, що походить від суспільства. Незалежна від суспільства держава є неможливою»[38].

Водночас, якщо проаналізувати відомий вислів Є. Ерліха, все ж таки суспільству він відводив провідну роль у створенні права: «центр ваги розвитку права в наш час, як і в усі інші часи, знаходиться не в законодавстві, не в юриспруденції чи судочинстві, а в самому суспільстві»[39]. Ідеї Є. Ерліха свого часу стали об'єктом гострої критики Ганса Кельзена, по-перше, за їхню суперечливість і методологічну недосконаліть, а, по-друге, за абсолютизацію суспільства як головного творця права й приниження ролі держави у правоутворенні. Сучасний погляд на дискусію Євгена Ерліха і Ганса Кельзена дав змогу В.С. Смородинському дійти таких висновків: з критикою першого важко не погодитися – дійсно, Ерліх часто-густо викладає свої ідеї хаотично та, на перший погляд, непослідовно. У цьому сенсі його праця поступається залізній логіці та методичній розсудливості кращих робіт його опонента. Водночас у «Заснуванні соціології права» є чіткий стрижень – науково обґрунтована, зрозуміла та підтверджена багатьма прикладами ідея походження юридичних правил не від держави, а від соціуму та його окремих великих груп, з чого випливає вимога до правозастосовних владних органів (передусім, до суду) враховувати це джерело при пошуку права та винесенні на цій основі юридично значущих рішень[40].

Отже, концепція «живого права» Є. Ерліха, не відкидаючи державне право, суттєво розширює поняття права, а також спонукає до глибшого дослідження його джерел. Сам Є. Ерліх джерелом пізнання живого права вважав не закони, юридичну догматику чи літературу, а безпосередньо суспільне життя, вчинки, поведінку людей, їх звичаї, документи. До речі, учений досліджував діюче в суспільстві «живе право» і навіть 1909 р. заснував науково-навчальний семінар для випускників, який займався вивченням звичаєвого права Буковини.

Більшість сучасних дослідників наукового доробку Є. Ерліха наполягають на необхідності комплексного осмислення його спадщини та її аналізу на тлі сучасного етапу розвитку правової науки[41]. Поділяючи таку думку, вважаємо за доцільне наголосити, що з усіх ідей вченого чи не найбільш актуальною є ідея живого права, яка відповідає сучасному плюралістичному підходу до розуміння права. Як вважає Н.А. Гураленко, за таких умов право постає не даністю, а соціальним конструктом, виробленим дискурсивною практикою певної соціальної групи. Звідси випливають релятивізм права – його залежність від соціокультурного контексту та інших соціальних явищ і процесів, поза якими право не існує; контекстуалізм права – його зумовленість історією, культурою (цивілізацією), сприйняттям елітою і населенням; антиуніверсалізм права – відмова від претензій юридичної науки на пошук остаточних відповідей на питання про сутність права, формулювання його універсальних змістовних критеріїв, а на противагу цьому, визнання багатовимірного образу реальності, непереборну множинність її описів й альтернативність «точок зору»[42].

«Живе право» Є. Ерліха, на нашу думку, сумірне «неофіційному праву», що нині визнається одним із елементів багатовимірної правової реальності. Головна теза, яку обстоюють прихильники неофіційного права, полягає в тому, що правові норми створюються і забезпечуються в своїй реалізації не тільки державою, а й недержавними акторами, більше того, такі норми не стають частиною державної правової системи (оскільки тоді все одно фактично маємо державне право, просто у формі санкціонування державою правил, які створені недержавними суб'єктами; і саме держава в разі такого санкціонування може визначати ієрархічну підпорядкованість таких правил). Вони утворюють самостійну, окрему правову систему. Це означає, що на одній і тій самій території може існувати два або більше правових порядки поряд[43]. Неофіційне право, як і «живе право», відповідає щоденним потребам суспільного життя, змінюється під впливом цих потреб, розвивається і вдосконалюється у процесі тих суспільних відносин, які воно ж і регулює. Твердження Є. Ерліха про те, що правом є норми, які самі собою утворюються в суспільстві, характеризує й неофіційне право.

Як уже зазначалося, концепцію живого права не варто вважати антиетатистською. Однак Є. Ерліх не визнавав домінуючого значення правотворчої діяльності держави у правовому житті суспільства, які і сучасні представники юридичного плюралізму, котрі мають широкий спектр поглядів на право. Але в одному сходяться всі: право не може і не повинно обмежуватися тільки державним правом[44]. Не менш актуальною є думка Є. Ерліха про те, що примус відіграє вторинну роль в існуванні права. Дійсно, буття неофіційного права здебільшого незалежне від держави та її апарату примусу. Продовжуючи цю думку Є. Ерліха, можна твердити, що й сучасне суспільство – це множинність людей та їх спільнот, які у стосунках між собою визнають певні правила поведінки обов'язковими, і, принаймні загалом, підпорядковують свою поведінку цим правилам, керуючись відповідними внутрішніми переконаннями.

Висновки. Підсумовуючи, підкреслимо, що «живе право» Є. Ерліха в сучасній інтерпретації сумірне з неофіційним правом. Як уявлення Є. Ерліха про живе право не відповідали догмам юридичної доктрини початку XX ст., так і концепція неофіційного права поки що не утвердилася в юридичній науці. Але практично кожен дослідник, який порушує питання, пов'язані з неофіційним правом, указує на його витоки з концепції Є. Ерліха. Зокрема, Є. Ерліх критикував сучасне йому теоретичне правознавство за те, що в полі його зору перебувало лише право як волевиявлення держави. Сучасна загальнотеоретична юриспруденція фокусує свою увагу на різних вимірах правової реальності, переглядає традиційні для теорії права концепти, що в перспективі веде до визнання існування неофіційного права.

---

[1] Сливка С. Філософія права: методологічне осмислення. *Право України*. 2011. № 8. С. 64.

[2] Ребіндер М. Євген Ерліх: деякі сторінки з останніх років життя та творчості. *Проблеми філософії права.* Т. III. № 1–2. С. 127.

[3] Марчук В.П. «Свободное право» в буржуазной юриспруденции. Критика концепций Е. Эрлиха. Киев : Вища школа, 1977. С. 147.

[4] Там само.

[5] Антонов М.В. Ойген Эрлих: живое право против правового плюрализма? *Правоведение.* 2013. № 1 (306). С. 151–175; Антонов М.В. Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха. *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2012. № 4. С. 39–50.

[6] Бігун В.С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис). *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 105–126.

[7] Костицький В.В. Про значення теоретичної спадщини Євгена Ерліха у розвитку сучасного праворозуміння. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова. Серія 18: Економіка і право*. 2016. Вип. 31. С. 57–63; Костицький В.В., Кобан О.Г. Соціологія права: науково-теоретична спадщина Євгена Ерліха і проблеми розвитку сучасної науки. Київ ; Дрогобич : Коло, 2015. 227 с.

[8] Кобан О.Г. Соціологічна теорія права Є. Ерліха: автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2014. 24 с.; Кобан О.Г. Можливості використання соціологічного підходу Євгена Ерліха у здійсненні правосуддя. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 4. С. 56–62.

[9] Марчук В.П. Соціологічні теорії права в Німеччині: історія і сучасність. Чернівці : ЧДУ, 1998. 128 с.; Марчук В.П. Євген Ерліх – основоположник соціології права. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 147–151.

[10] Ребіндер М. Євген Ерліх: деякі сторінки з останніх років життя та творчості. *Проблеми філософії права*. Т. III. № 1–2. С. 127–134.

[11] Балабанова Д. Становлення поняття «живе право» в сучасній філософії права. *Актуальні проблеми державного управління*. 2012. Вип. 3. С. 12.

[12] Муромцев С.А. Определение и основное разделение права / вступит., статья, коммент. д-ра юрид. наук, проф. Ю.И. Гревцова. 2-е изд., доп. Санкт-Петербург : Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2004. 224 с. С. 10.

[13] Ерліх Е. Соціологія і юриспруденція. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 185–195.

[14] Там само. С. 186.

[15] Там само.

[16] Там само. С. 189–190.

[17] Ерліх Є. Вільне правознаходження та вільне правознавство. *Проблеми філософії права*. 2005. Том III. № 1–2. С. 169–170.

[18] Там само. С. 172.

[19] Там само.

[20] Бігун В.С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис). *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 108.

[21] Ерліх Є. Вільне правознаходження та вільне правознавство. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 181.

[22] Там само. С. 175.

[23] Там само. С. 179.

[24] Там само. С. 181.

[25] Там само. С. 182.

[26] Ерліх Є. Про живе право. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 194.

[27] Там само. С. 195.

[28] Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. с нем. М.В. Антонова; под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. Санкт-Петербург : ООО «Университетский издательский консорциум», 2011. С. 110.

[29] Марчук В.П. Соціологічні теорії права в Німеччині: історія і сучасність. Чернівці : ЧДУ, 1998. С. 38.

[30] Там само. С. 38–39.

[31] Эрлих О. Вказана праця. С. 117.

[32] Там само. С. 131.
[33] Там само. С. 121.
[34] Там само. С. 128.
[35] Гаврилюк Р.А. Эмпириокритицизм как формула правопознания Евгения Эрлиха. *Ерліхівський збірник*. 2012. Вип. 6. С. 14–32.
[36] Георгіца А.З. Соціологія права Євгена Ерліха: на шляху до інтеграційного праворозуміння. *Ерліхівський збірник*. 2012. Вип. 6. С. 72–77.
[37] Антонов М.В. Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха. *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2012. № 4. С. 47.
[38] Эрлих О. Вказана праця. С. 193.
[39] Там само. С. 64.
[40] Смородинський В.С. Співвідношення права і держави: сучасний погляд на дискусію Євгена Ерліха і Ганса Кельзена. *Ерліхівський збірник*. 2012. Вип. 6. С. 176.
[41] Дорош Д.С. Розуміючи Ерліха сьогодні. *Проблеми філософії права*. 2005. Т. III. № 1–2. С. 160–163; Кобан О. Г. Можливості використання соціологічного підходу Євгена Ерліха у здійсненні правосуддя. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 4. С. 56–62; Костицький В.В. Про значення теоретичної спадщини Євгена Ерліха у розвитку сучасного праворозуміння. *Науковий часопис НПУ імені М.П. Драгоманова. Серія 18: Економіка і право*. 2016. Вип. 31. С. 57–63.
[42] Гураленко Н.А. Ціннісно-смислові константи суддівського пізнання : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.12. Чернівці, 2017. С. 56–57.
[43] Уварова О.О. Недержавне право: запрошення до дискусії. *Право і громадянське суспільство. Науковий журнал. Електронне видання*. URL: http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-10-2015/item/198-nederzhavne-pravo-zaproshennya-do-dyskusiyi-uvarova-o-o
[44] Там само.

References:

Antonov, M.V. (2013*).* Oihen Erlikh: zhyvoe pravo protyv pravovoho pliuralyzma? *Pravovedenye*, 1 (306), 151–175 [in Russian].
Antonov, M.V. (2012). Put y perspektyvy pravovoho uchenyia Oihena Erlykha. Pravo. *Zhurnal Vysshei shkoly ekonomyky*. 4, 39–50 [in Russian].
Balabanova, D. (2012). Stanovlennia poniattia «zhyve pravo» v suchasnii filosofii prava. *Aktualni problemy derzhavnoho upravlinnia*. 3, 10–13 [in Ukrainian].
Bihun, V.S. (2005). Yevhen Erlikh: zhyttia i pravoznavcha spadshchyna (aktualnyi naukoznavchyi narys). *Problemy filosofii prava*. III, 1–2, 105–126 [in Ukrainian].
Havryliuk, R.A. (2012). Empyryokrytytsyzm kak formula pravopoznanyia Evhenyia Erlikha. *Erlikhivskyi zbirnyk*. 6, 14–32 [in Russian].
Heorhitsa, A.Z. (2012). Sotsiolohiia prava Yevhena Erlikha: na shliakhu do intehratsiinoho pravorozuminnia. *Erlikhivskyi zbirnyk*. 6, 72–77 [in Russian].
Huralenko, N.A. (2017). Tsinnisno-smyslovi konstanty suddivskoho piznannia : dys. … doktora yuryd. nauk : 12.00.12. Chernivtsi. 393. [in Ukrainian].
Dorosh, D. S. (2005). Rozumiiuchy Erlikha sohodni. *Problemy filosofii prava*. III, № 1–2, 160–163 [in Ukrainian].
Erlikh, Ye. (2005). Vilne pravoznakhodzhennia ta vilne pravoznavstvo. *Problemy filosofii prava.* III, 1–2, 168–184 [in Ukrainian].
Erlikh, Ye. (2005). Pro zhyve pravo. *Problemy filosofii prava.* III, 1–2, 194–200 [in Ukrainian].
Erlikh, Ye. (2005). Osnovy sotsiolohii prava. *Problemy filosofii prava.* III, 1–2, 211–220 [in Ukrainian].
Erlikh, Ye. (2005). Sotsiolohiia i yurysprudentsiia. *Problemy filosofii prava.* 2005. III, 1–2, 185–195 [in Ukrainian].
Koban, O.H. (2014). Sotsiolohichna teoriia prava Ye. Erlikha: avtoref. dys. … kand. yuryd. nauk : 12.00.01. Kyiv. 24 s. [in Ukrainian].
Koban, O.H. (2014). Mozhlyvosti vykorystannia sotsiolohichnoho pidkhodu Yevhena Erlikha u zdiisnenni pravosuddia. *Biuleten Ministerstva yustytsii Ukrainy.* 4, 56–62 [in Ukrainian].
Kostytskyi, V.V. (2016). Pro znachennia teoretychnoi spadshchyny Yevhena Erlikha u rozvytku suchasnoho pravorozuminnia. *Naukovyi chasopys NPU imeni M.P. Drahomanova.* Seriia 18: Ekonomika i pravo. 31, 57–63 [in Ukrainian].
Kostytskyi, V.V., Koban, O.H. (2015). Sotsiolohiia prava: naukovo-teoretychna spadshchyna Yevhena Erlikha i problemy rozvytku suchasnoi nauky. Kyiv ; Drohobych : Kolo [in Ukrainian].
Marchuk, V.P. (1977). «Svobodnoe pravo» v burzhuaznoi yurysprudentsyy. Krytyka kontseptsyi E. Erlikha. Kyev : Vyshcha shkola [in Russian].
Marchuk, V.P. (1998). Sotsiolohichni teorii prava v Nimechchyni: istoriia i suchasnist. Chernivtsi : ChDU [in Ukrainian].
Marchuk, V.P. (2005). Yevhen Erlikh – osnovopolozhnyk sotsiolohii prava. *Problemy filosofii prava.* III, 1–2, 147–151 [in Ukrainian].
Muromtsev, S.A. (2004). Opredelenye y osnovnoe razdelenye prava / Vstupyt., statia, komment. dokt. yuryd. nauk, prof. Yu.Y. Hrevtsova. 2-e yzd., dop. Sankt-Peterburh : Yzdatelskyi Dom S.-Peterb. hos. un-ta, Yzdatelstvo yurydycheskoho fakulteta SPbHU. 224 s. [in Russian].
Rebinder, M. (2005). Yevhen Erlikh: deiaki storinky z ostannikh rokiv zhyttia ta tvorchosti. *Problemy filosofii prava.* III, 1–2, 127–134 [in Ukrainian].
Slyvka, S. (2011). Filosofiia prava: metodolohichne osmyslennia. *Pravo Ukrainy*. 8, 61–70 [in Ukrainian].
Smorodynskyi, V.S. (2012). Spivvidnoshennia prava i derzhavy: suchasnyi pohliad na dyskusiiu Yevhena Erlikha i Hansa Kelzena. *Erlikhivskyi zbirnyk.* 6, 175–177 [in Ukrainian].
Uvarova, O.O. Nederzhavne pravo: zaproshennia do dyskusii. *Pravo i hromadianske suspilstvo.* Naukovyi zhurnal. Elektronne vydannia. URL: http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-10-2015/item/198-nederzhavne-pravo-zaproshennya-do-dyskusiyi-uvarova-o-o [in Ukrainian].
Erlikh, O. (2011). Osnovopolozhenye sotsyolohyy prava / Per. s nem. M.V. Antonova; Pod red. V.H. Hrafskoho, Yu.Y. Hrevtsova. Sankt-Peterburh : OOO «Unyversytetskyi yzdatelskyi konsortsyum» [in Russian].

Резюме

Щамбура Д.В. **«Живе право» Є. Ерліха та його сучасна інтерпретація.**

У статті досліджено основні ідеї творів основоположника соціології права Є. Ерліха (1862–1922 рр.), в яких поступово утверджувалася його концепція «живого права». Установлено, що ерліхівське «живе право» сумірне сучасному поняттю «неофіційне право». Неофіційне право, як і «живе право», відповідає щоденним потребам суспільного життя, формується самим суспільством чи певними соціальними групами, не забезпечується державним примусом. Твердження Є. Ерліха про те, що правом є норми, які самі собою утворюються в суспільстві, характеризує й неофіційне право. Уточнено ставлення вченого до державного права і спростовано думку про антиетатизм Ерліха. Вчений не виключав можливості для державного права отримати соціальну значущість і набути статусу живого права.

Ключові слова: Є. Ерліх, живе право, неофіційне право, державне право, соціальне право, соціальний порядок.

Резюме

Щамбура Д.В. **«Живое право» Е. Эрлиха и его современная интерпретация.**

В статье исследованы основные идеи произведений Е. Эрлиха (1862–1922 гг.), в которых постепенно утверждалась его концепция «живого права». Установлено, что «живое право» Эрлиха соизмеримо с современным понятием «неофициальное право». Неофициальное право, как и «живое право», отвечает ежедневным потребностям общественной жизни, формируется самим обществом или определенными социальными группами, не обеспечивается государственным принуждением. Утверждение Е. Эрлиха о том, что правом являются нормы, которые сами собой образуются в обществе, характеризует и неофициальное право. Уточнено отношение ученого к государственному праву и опровергнуто мнение об антиэтатизме Эрлиха. Ученый не исключал возможности для государственного права получить социальную значимость и приобрести статус живого права.

Ключевые слова: Е. Эрлих, живое право, неофициальное право, государственное право, социальное право, социальный порядок.

Summary

Denis Shchambura. **E. Ehrlikh's "living law" and its current interpretation.**

The article explores the main ideas of the works of E. Ehrlich (1862–1922), where the concept of "live law" was gradually established. The prominent thinker gave the leading role in the law-making process to society, and therefore he called to study society, exploring direct survey of social life as an important source of law comprehension. It is proved that among the three types of law: state law, law of lawyers, social law – E. Ehrlikh preferred the latter. The interrelation of social law and state law in Ehrlikch's concept is revealed.

Ehrlikh's idea of "live law" is proportional to the modern notion of "informal law". Informal law, like "live law", corresponds to the current everyday needs of social life, is formed by society itself or by certain social groups, and is not provided with state coercion. Nevertheless, the concept of "live law" should not be considered as anti-state one. E. Ehrlich did not recognize the dominant significance of the state law-making activity in the social legal life, but he never denied such a role at whole. He persuaded that coercion plays a secondary role in the existence of law. Indeed, the existence of informal law is largely independent of the state and its coercive apparatus. Continuing this E. Ehrlikh's opinion, it can be argued that modern society as a plurality of peoples and communities recognize certain rules of conduct as compulsory, and, at least in general, subordinate their behaviour to these rules, guided by relevant internal convictions.

The scholar's attitude to state law is refined and the opinion of Ehrlich's anti-etatism is refuted. The scholar did not rule out the possibility for the state law to obtain social importance and to acquire the status of a living law. The scholar's attitude to state law is refined and the opinion of Ehrlich's anti-etatism is refuted. The scientist did not rule out the possibility for state law to obtain social importance and to acquire the status of a living law.

Key words: E. Ehrlikh, living law, informal law, state law, social law, social order.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.10
УДК 342.5; 342.7

О.В. БАТАНОВ

Олександр Васильович Батанов, *доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*[*]

ORCID: 0000-0002-0239-4539

ЕКОНОМІЧНІ ПРАВА У СФЕРІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ: МУНІЦИПАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ІНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ

Постановка проблеми. Права людини сьогодні стали однією з ключових наукових проблем, які вивчаються із найбільш широких та різноманітних позицій – з філософсько-гуманістичної точки зору, в аспекті сутності та явища публічної влади, принципів перебудови політичної та правової системи, здійснення соціально-культурної політики, розвитку ринкової економіки та подолання наслідків економічних криз, боротьби з екологічними загрозами, злочинністю тощо.

Важливість та актуальність даної теми не треба доводити, оскільки права людини є органічним компонентом не лише демократичного політичного простору, інструментом гуманізації суспільних відносин, формування творчої особистості та становлення постіндустріального людства, а й іманентної ознакою економічної системи суспільства та конституційної економіки в цілому. У цьому аспекті на права людини покладають вирішення низки внутрішніх, міжнародних та глобальних завдань та викликів, у тому числі й насамперед у сфері економіки. Права знаходять свою присутність практично в кожній сфері життєдіяльності людини, відображаючи її життя в особливому якісному стані, пов'язаному із затвердженням у громадській свідомості та практиці ідеї свободи особистості.

Адже з розвитком постіндустріальної цивілізації і ринкових відносин, еволюції конституціоналізму та глобалізації доктрини прав людини економічні фактори усе більше впливають як на життя людини та її соціальне і природне довкілля, так і організацію й функціонування сучасних суспільства і держави. Сучасні суспільство і держава з метою свого оптимального та цивілізованого функціонування об'єктивно вимагають наявності системи взаємопов'язаних ринків, що втягує у свій обіг не тільки звичайні товари та послуги, а й саму працю, продукти культурної та інтелектуальної діяльності тощо. Вплив «ефекту економіки» відчувається практично на всіх суспільних структурах та інститутах. Політичне життя суспільства і держави чимдалі більше концентрується навколо створення умов для динамічного економічного розвитку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Формування сучасних поглядів на проблеми реалізації та захисту прав людини, у тому числі в аспекті організації та функціонування муніципальної влади, знайшли своє відображення у наукових доробках багатьох вітчизняних фахівців у галузі конституційного і муніципального права, зокрема, М.О. Баймуратова, Ю.Ю. Бальція, О.М. Бориславської, І.А. Галіахметова, Л.В. Голяк, В.П. Гробової, І.В. Дробуш, Б.Я. Кофмана, В.В. Кравченка, С.В. Малікова, І.Л. Литвиненко, П.М. Любченка, О.В. Марцеляка, М.П. Орзіха, В.Ф. Погорілка, М.О. Пухтинського, В.А. Стрільчука, Г.Г. Танаджи та інших. На тлі значної кількості наукових розробок, спрямованих на удосконалення місцевого самоврядування, привертає увагу порівняно нечисленна література, присвячена особливостям реалізації економічних прав людини у сфері місцевого самоврядування.

У сучасний період спостерігається гострий інтерес представників вітчизняної науки конституційного права до дослідження проблеми реалізації та захисту прав людини в умовах ринкової економіки. Численні наукові розвідки присвячені окремим видам прав людини та їх систематики (громадянських, політичних,

© О.В. Батанов, 2019

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

економічних, соціальних, культурних, екологічних тощо). Проте в цих роботах недостатньо досліджені муніципально-правові проблеми становлення, реалізації та гарантування економічних прав людини.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, **мета** даної статті полягає в тому, щоб дослідити муніципально-правові аспекти інституціоналізації та реалізації економічних прав людини у сфері місцевого самоврядування.

Виклад основного матеріалу. Сучасний стан суспільного універсуму і його специфічні прояви приводять до формування нової методологічної культури, пов'язаної з парадигмальними зрушеннями в ній, до пошуків іманентних проєктів втілення в життя загальнолюдських цінностей, вирішення життєво важливих проблем сучасної цивілізації. Так, у сучасній філософії робиться закономірний висновок щодо необхідності розробки теоретичних інновацій соціально-філософської рефлексії, мета яких – побудова цілісного образу людини, опис механізмів, які забезпечують цю цілісність, проникнення в структуру людської особистості, максимально точне відтворення об'єктивних зв'язків і зведення їх у єдину теоретичну картину світу, що можливо на основі методології соціального гуманізму. Тобто проблема людини починає ставати тим вузловим пунктом, до якого мають стягуватися всі елементи наукового дослідження[1]. Не є винятком з цього система економічних явищ, інститутів і процесів, які відбуваються як на глобальному і національному рівнях, так і у локально-регіональному вимірах життєдіяльності людини та її асоціацій за місцем проживання – територіальних громад.

Дискусії навколо таких універсальних категорій сучасного конституціоналізму, як рівність, свобода, справедливість в сучасних умовах все частіше йдуть у контексті їх відповідності економічним ринковим відносинам. Так, рівність тлумачиться як рівне право кожного вступати в договірні відносини і володіти власністю, в свободі вбачається насамперед свобода господарської діяльності, справедливість обговорюється у зв'язку з проблемою ефективного перерозподілу доходів тощо. На думку сучасних філософів, передумовою всіх свобод особистості виступає економічна свобода, зі знищенням якої неминуче зникають й інші свободи. У результаті можливі лише певні поєднання політичного та економічного устрою суспільства, за яких може бути забезпечена свобода людини[2].

На наш погляд, такий концептуальний підхід дає змогу дослідити не лише цінність людської особистості як категоріальний синтез соціально-філософської методології, а й проаналізувати людину, її життя, права і свободи, честь і гідність у контексті сучасного конституціоналізму, конституційної економіки, муніципалізму та муніципальної влади як ціннісної детермінанти демократичного розвитку не лише суспільства й держави, усіх їх систем та інститутів, а й територіальних громад, у тому числі і в економічному вимірі їх існування та функціонування.

У цьому контексті формування істинного уявлення про людину, її права і свободи з наступним його аналізом у незмінній формі здійснюється за допомогою рефлексивної методики, що створює безпосередній зміст соціально-філософської теорії та юридичної антропології. Нове бачення сучасної людини у контексті становлення, з одного боку, явищ та процесів конституційної економіки та ринкових відносин та, з іншого боку, інститутів локальної демократії й інституціоналізації муніципальної влади, детермінує вимоги її переорієнтації до суто людських проблем – по суті проблем місцевого значення, дослідити які можна за рахунок специфічної комбінації методів і особливого понятійного апарату соціальної філософії, соціології, політології, політекономії, психології та сучасної юридичної теорії. Онтологічний, гносеологічний, логіко-історичний, діалектичний, синергетичний, феноменологічний, герменевтичний, системний, структурний, функціональний методи становлять основу методології і допомагають побудувати цілісну систему знання про людину, що сприяє її адекватному розумінню у всіх складних взаєминах зі світом, суспільством, державою, місцевими співтовариствами та іншими індивідами[3].

На наш погляд, найбільш рельєфно проявляється та знаходить свою апробацію ідея цінності людської особистості, її прав та свобод (у тому числі й економічних) на локальному рівні – у межах територіальних громад та процесах інституціоналізації муніципальної влади. Адже визнання та становлення в Україні місцевого самоврядування, глибокі економічні й політичні перетворення в суспільстві і формування на цій основі нової демократичної державності безпосередньо пов'язані з виробленням і практичною реалізацією принципово нових для нас підходів до індивідуальних та колективних прав людини, до вирішення як загальнодержавних, так і регіональних, а також місцевих проблем у різних сферах суспільного життя, у тому числі й економічній.

Не викликає сумнівів, що сталий розвиток територіальних громад та ефективне функціонування муніципальної влади, в цілому формування муніципалізму, залежать від рівня розвитку економіки у державі, рівня життя людей, соціальної структури суспільства тощо. Тому економічними гарантіями муніципальної влади та прав людини у сфері місцевого самоврядування виступають економічна система суспільства, в основі якої знаходяться принципи ринкової економіки; єдність економічного простору; вільне переміщення товарів, послуг та фінансових коштів; підтримка конкуренції, свобода економічної діяльності, підприємництва та праці; визнання, плюралізм, рівноправність та рівний захист різних форм власності, у тому числі комунальної власності.

У цьому контексті, відзначаючи роль права в розвитку економічної основи не лише суспільства в цілому, а й територіальних громад (колективних суб'єктів муніципальних економічних відносин) та їх членів – мешканців сіл, селищ, міст (індивідуальних суб'єктів відповідних відносин), слід підкреслити провідну і системоутворюючу роль конституційного права в механізмі правового регулювання економічних відносин,

яке в своїх нормах закріплює не лише вихідні засади економіки, форми власності, економічні основи суспільних відносин і в цілому економічної системи, а й фундаментальні економічні гарантії місцевої демократії. Фактично питання економічного ладу держави, суспільства та територіальних громад є одними з головних у предметі конституційного регулювання, оскільки економіка, будучи базисом суспільства, визначає тенденції розвитку його політичних та інших інститутів[4].

Діяльність людей вимагає від держави певних гарантій, насамперед в економічній сфері, закріплення яких вимагає високого конституційного рівня. Держава закріплює гарантії діяльності різних суб'єктів економічних зв'язків, встановлює порядок і процедури, форми та механізми їх забезпечення та гарантування, у тому числі й у муніципально-правовому вимірі. Адже в суспільстві, особливо у тому, в якому діють принципи та інститути ринкової економіки, юридичне оформлення економічних прав і зобов'язань господарюючих суб'єктів набуває надзвичайного значення, тому роль держави як гаранта і арбітра відносин між учасниками економічних зв'язків значно зростає[5]. Водночас саме держава є ключовим гарантом місцевого самоврядування, сталого розвитку територіальних громад та їх організаційної і функціональної самостійності, у тому числі й у сфері економіки та господарювання.

Водночас не можна не відзначити і зворотну реакцію. По суті, вплив економічних і конституційних процесів є двостороннім. Економіка активно впливає на як на державність у цілому, конституцію і конституційний лад, так і на стан, розвиток та функціонування територіальних громад. Конституція впливає на економічний характер конституційної системи, залежить від рівня економічного розвитку і одночасно на економічну динаміку (в тому числі й економічне життя територіальних громад та їх членів – *авт.*). За великим рахунком, еволюція конституціоналізму – це частина еволюції, як держави, так і суспільства та його систем (політичної, економічної, соціальної, духовної та ін.), розвитку його продуктивних сил і інтелектуального досвіду. Якісне посилення державного втручання в економіку, соціалізація економічних процесів і відображення цього в конституційному законодавстві зумовлені розвитком матеріальних можливостей виробництва, індустріальним духом часу[6].

Поряд із тим іманентною ознакою сучасного конституціоналізму є муніципалізм. Адже муніципалізація конституційного життя та конституційного права, передусім маючи вихід на локальний рівень, торкається усіх процесів трансформації та модифікації публічної влади в умовах демократизації держави і суспільства. У цьому аспекті муніципалізм, акумулюючи усі ідейні установки, системні якості, ознаки та атрибути конституціоналізму, є його концептуальним та інституціональним базисом на локальному рівні функціонування соціуму. Саме такий вимір муніципальної демократії, як продукт локальної громадянської активності самого населення, автоматично програмує не лише демократичний політичний режим у державі та суспільстві, а й закладає підвалини його економічного розвитку та стабільності. Тільки у тій країні, в якій визнається, існує, практикується та усебічно гарантується місцеве самоврядування та основоположні цінності муніципалізму, як правило, може сформуватися алгоритм, згідно з яким законодавча влада обирається демократично, виконавча влада їй підконтрольна та відповідальна (політичний аспект), а економіка є розвинутою, ринковою, сталою тощо.

Звернемо увагу на ще один момент, який актуалізує питання взаємодії економіки, прав людини, держави, суспільства та територіальних громад, проблеми реалізації економічних прав і свобод людини у сфері місцевого самоврядування, економічного виміру місцевого самоврядування в цілому. Важливим чинником та умовою такої кореляції є громадянське суспільство. Адже проголошення і послідовна реалізація конституційних принципів регулювання економічних відносин є свідченням того, що засади конституційного ладу, основні напрями державної політики в галузі економічного розвитку, права і свободи людини і громадянина взаємопов'язані між собою і, в свою чергу, залежні від інститутів економічної організації громадянського суспільства, в яких знаходить своє втілення досягнутий рівень економічної свободи суспільства і кожної особистості окремо.

В економічному вимірі громадянське суспільство є суспільством цивілізованих ринкових відносин. Тому формування цивілізованого ринку є найважливішою умовою реалізації основоположних принципів конституційного ладу, конституційних прав і свобод людини і громадянина, формування громадянського суспільства в цілому. А це можливо тільки на основі послідовного проведення в життя принципів плюралізму форм власності і рівних можливостей їх правового захисту, забезпечення свободи праці як основи функціонування будь-якого суспільства і гарантування захисту від безробіття, гарантування свободи підприємництва та іншої не забороненої законом економічної діяльності тощо. При цьому слід усвідомлювати, що громадянське суспільство може сформуватися, оптимально функціонувати та розвиватися виключно за умовою наявності місцевого самоврядування і розвинутих муніципальних свобод. Територіальні громади є одними з ключових суб'єктів громадянського суспільства, а місцеве самоврядування – фактором його формування, існування та розвитку, у тому числі в економічному вимірі.

Єдність цих та інших факторів забезпечує нову якість економічних відносин і місце людини, її прав і свобод в даній сфері. Квінтесенція цієї нової якості – це ринок, який, за М. Фрідманом, є «безпосереднім компонентом свободи». Слід погодитися з цим економістом в тій частині, що економічний устрій сприяє розвитку вільного суспільства двояко. З одного боку, свобода економічних відносин сама по собі є складовою свободи в широкому сенсі, тому економічна свобода є самоціллю. З іншого боку, економічна свобода – це також необхідний спосіб досягнення свободи політичної, оскільки вона відокремлює економічну владу від політичної і, таким чином, дозволяє одній служити противагою іншій[7]. Одночасно це дає змогу з'єднати вое-

дино свободу і підприємництво, економіку і самоврядування населення в рамках демократично структурованого громадянського суспільства. При цьому самі права особистості (включаючи громадянські, політичні та економічні) стають важливим способом економічного розвитку суспільства[8].

У силу цього місцеве самоврядування фіксує в собі не лише політичні, духовно-моральні цінності та соціальні досягнення людства в будь-якій галузі суспільного розвитку, а й стає найбільш чутливою матерією його економічного зростання або занепаду. Також на цьому рівні організації публічної влади відбувається діалектичне поєднання волі законодавця з конкретними інтересами місцевого населення, яке стає не лише первинним суб'єктом локальних конституційно-правових відносин, а й основним суб'єктом адміністративно-правових відносин, що є однією з системоутворюючих характеристик місцевого самоврядування. Особливо відчувається така кореляція у соціально-економічній сфері, яка миттєво реагує на будь-які економічні трансформації у суспільстві та державі.

Не менш яскраво та рельєфно ілюструють феномен взаємозв'язку між економікою, державою, місцевим самоврядуванням та правами людини принципи конституційного регулювання економічних відносин та принципи місцевого самоврядування. Адже, як свідчить досвід конституційного регулювання економічних відносин сучасних держав, свобода економічної діяльності забезпечується в рамках єдиного економічного простору. Даний принцип, незважаючи на відсутність його прямої фіксації в Конституції України, так і, власне кажучи, з огляду на те, що саме поняття «єдиний економічний простір» не належить до числа правових, на нашу думку, генетично, концептуально та інституційно взаємопов'язаний і зумовлений телеологічною установкою на зміцнення громадянської злагоди на землі України (Преамбула Конституції України), забезпечення єдності і цілісності державної території, збалансованості і соціально-економічного розвитку регіонів (ст. 132 Конституції України) тощо. У контексті реалізації даних конституційних приписів, а також формування економічних основ конституційного ладу, саме врахування механізму і процесів інституціоналізації єдиного економічного простору, на що вказується в багатьох наукових публікаціях, допомагає по-новому підійти не лише до вирішення питання про виявлення форм просторової організації економічної системи суспільства[9], а й, з одного боку, до процесів реалізації прав людини, у тому числі в економічній сфері, та, з другого боку, формування місцевого самоврядування та функціонування ефективних моделей (у тому числі й господарсько-економічної) самоорганізації територіальних громад.

У вітчизняній літературі економічний простір, як правило, розглядається як сукупність інституціоналізованих формальними і неформальними нормами і правилами економічних відносин між учасниками – економічними суб'єктами (бізнесом), домогосподарствами, державою – з приводу створення, розподілу і перерозподілу власності між територіально відокремленими політико-адміністративними утвореннями в процесі використання територіально закріплених економічних ресурсів. Отже, зміст інституціоналізації економічного простору полягає в еволюційному формуванні сукупності інституціональних одиниць, об'єднаних спільною територією створення цінн, закріпленої відповідним політико-адміністративним поділом; загальними соціокультурними стереотипами, в тому числі системою формальних і неформальних норм, правил, традицій, звичаїв економічної поведінки; спрямованістю на забезпечення стабільного соціально-економічного розвитку загальної території на основі оптимальної взаємодії[10].

У зв'язку з цим сутність даного принципу виражається насамперед у прагненні народу бачити територію суверенної держави як своєрідний загальний ринок з єдиними правилами гри. Так, наприклад, даний принцип означає, що на території держави визнаються недійсними акти органів влади і управління, а також вирішення посадових осіб, що обмежують рух товарів, робіт і послуг на внутрішньому ринку країни. При цьому слід мати на увазі, що основу функціонування єдиного економічного простору становить об'єднання інтересів виробників і власників, спрямоване на реалізацію їх господарсько-економічних інтересів. Зазначена інтеграція можлива тільки в умовах вільного руху товарів, грошових коштів, робочої сили та інформації, що, власне кажучи, і гарантується, крім зазначених вище, положеннями Конституції України про існування єдиної грошової одиниці України – гривні (ст. 99 Конституції України); встановлення правового режиму власності; правових засад і гарантій підприємництва; правил конкуренції та норм антимонопольного регулювання; основ зовнішньоекономічної діяльності; загальних принципів бюджетної системи, системи оподаткування, податків і зборів; основ створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного та інвестиційного ринків виключно законом (ст. 92 Конституції України).

Актуальність та важливість цього принципу конституційного регулювання економічних відносин набуває ще більшого значення та звучання в аспекті взаємодії з принципами місцевого самоврядування, насамперед його повсюдності, за яким місцеве самоврядування на всіх рівнях має здійснюватися по всій Україні, що означає відсутність територій, на які не поширюється юрисдикція органів місцевого самоврядування. Вказаний принцип є частиною загального принципу повсюдності публічної влади, який передбачає також повсюдність державної влади. На наше переконання, саме в результаті поглиблення взаємозв'язків між суспільством, державою, публічною владою, у тому числі місцевим самоврядуванням, з одного боку, та ринком, підприємцем, виробником, з іншого боку, що можливо тільки в умовах вільного руху товарів, капіталів, робочої сили та інформації, формується єдиний (ринковий) економічний простір, а також створюються оптимальні умови для реалізації усіх економічних прав та свобод, у тому числі й на муніципальному рівні функціонування соціуму.

Тому перед сучасною українською державою постає важливе завдання – утворення, насамперед за допомогою законодавства, умов для прояву громадських, самодіяльних начал у територіальному вимірі.

Саме умов, а не рамок, оскільки такі прояви можливі лише за наявності спільного інтересу та свободи участі. У цьому сенсі місцеве самоврядування – ідеальна сфера, де стає можливим подолання взаємного відчуження, соціальної самотності людей. Будь-яка людина потребує ідентифікації, ототожнення себе із певною суспільною групою. Територіальна спільність, у певному сенсі сусідство відкриває для цього широкі горизонти та в той же час не вимагає від особистості тоталітарного підпорядкування групі, внаслідок чого місцеве самоврядування виступає найбільш наближеним до людини рівнем організації публічної влади та найкращою майстернею для вирішення більшості громадських проблем.

Водночас питання про рівень та якість життя людини – це не тільки соціально-економічне, а й політичне питання. Воно здійснює глибокий ідеологічний вплив на суспільну свідомість, демонструючи переваги тієї чи іншої соціально-економічної системи. Історичний досвід свідчить про те, що найбільш швидко та успішно розвиваються ті системи, в яких утворені найкращі можливості для розвитку і застосування творчих сил людини та де існують умови для саморозвитку суспільства й особистості. В умовах демократії влада, у кінцевому підсумку, – це не панування осіб, наділених владними повноваженнями, а служіння цих осіб на користь загального блага. Саме у цьому полягає, з одного боку, демократичний вимір влади, а з другого – її моральний імператив.

Висновки. Дослідження як прав людини в цілому, так і економічних прав і свобод зокрема, в контексті місцевого самоврядування, так саме як і концептуалізація місцевого самоврядування крізь призму конституційної економіки, ринкових відносин, економічної безпеки тощо є одним з найактуальніших завдань юридичної науки. Це має не тільки науково-теоретичне значення, а й насамперед практичну значущість: і з точки зору розвитку законодавства, і в плані вирішення конкретних питань формування реального місцевого самоврядування та становлення ринкових відносин, утворення ефективних механізмів забезпечення економічних прав людини за місцем проживання.

---

[1] Грецова О.Г. Людина як мета і предмет соціально-філософської рефлексії: автореф. дис. … канд. філос. наук. Запоріжжя, 2003. С. 7.

[2] Сорочайкин А.Н. Человек в системе социально-экономических отношений: взаимодействие социально-антропологического и экономического подходов в изучении социальной реальности: автореф. дис. … д-ра филос. наук: 09.00.11, 2007. С. 9.

[3] Див. детально про це: Грецова О.Г. Общенаучные принципы и методы адекватного понимания человека в философской антропологи. *Нова парадигма. Альманах наукових праць*. Запоріжжя: Просвіта, 2000. Вип. 15. С. 23–29.

[4] Лощихін О.М. Конституційна економіка та економічні функції сучасної держави в умовах глобалізації: концептуальний аспект *Fundamental and Applied Researches in Practice of Leading Scientific Schools*, 26(2), С. 239–246. URL: https://farplss.org/index.php/journal/article/view/337 (дата звернення 01.11.2019)

[5] Фетисова В.А. Правовое регулирование экономики постсоциалистических государств: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2008. С. 10.

[6] Мау В. Конституционное регулирование социально-экономических отношений. *Вопросы экономики*. 1994. № 4. С. 27–30.

[7] Фридмен М., Хайек Ф. О свободе. Пер. с англ. / под ред. А. Бабича. Минск: Полифакт-референдум, 1990. С. 8, 9–10.

[8] Элстер Й. Влияние прав человека на экономическое развитие. *Российский бюллетень по правам человека*. 1994. Вып. 4. С. 11–25.

[9] Галяс В.І. Генезис теорії економічного простору. *Науковий вісник Волинського державного університету імені Лесі Українки.* 2007. № 12. С. 177–182; Тюнен фон И. Изолированное государство. Москва : Эконом. жизнь, 1926. 329 с.; Фомін С. «Європейський вибір» та «Інтеграція в Євразію». Єдиний економічний простір: Спроба поєднати непоєднуване? *Політика і час*. 2003. № 2. С. 71–81; Чекмарев В.В. К теории экономического пространства. *Известия Санкт-Петербургского университета экономики и финансов*. 2001. № 23. С. 25–38 та ін.

[10] Логвиненко О.О. Економічний простір в системі категорій інституційної архітектоніки. *Сайт Національної бібліотеки України імені В.І. Вернадського*. URL: http://www.nbuv.gov.ua/Portal/natural/vkhnu/Ekon/802/08looeco.pdf (дата звернення: 01.11.2019).

References:

Hretsova, O.H. (2003). Liudyna yak meta i predmet sotsialno-filosofskoi refleksii: avtoref. dys. … kand. filos. nauk. Zaporizhzhia [in Ukrainian].

Sorochajkin, A.N. (2007). Chelovek v sisteme social'no-jekonomicheskih otnoshenij: vzaimodejstvie social'no-antropologicheskogo i jekonomicheskogo podhodov v izuchenii social'noj real'nosti: avtoref. dis. … d-ra filos. nauk: special'nost' 09.00.11 – social'naja filosofija. Cheboksary [in Russian].

Grecova, O.G. (2000). Obshhenauchnye principy i metody adekvatnogo ponimanija cheloveka v filosofskoj antropologii. *Nova paradyhma. Almanakh naukovykh prats.* Zaporizhzhia: Prosvita. 15, 23–29 [in Russian].

Loshchykhin, O.M. (2018). Konstytutsiina ekonomika ta ekonomichni funktsii suchasnoi derzhavy v umovakh hlobalizatsii: kontseptualnyi aspekt *Fundamental and Applied Researches in Practice of Leading Scientific Schools*. 26 (2). URL: https://farplss.org/index.php/journal/article/view/337 [in Ukrainian].

Fetisova, V.A. (2008). Pravovoe regulirovanie jekonomiki postsocialisticheskih gosudarstv: avtoref. dis. … kand. jurid. nauk: special'nost' 12.00.01 – teorija i istorija prava i gosudarstva; istorija uchenij o prave i gosudarstve. Moskva [in Russian].

May, V. (1994). Konstitucionnoe regulirovanie social'no-jekonomicheskih otnoshenij. *Voprosy jekonomiki.* 4, 27–30 [in Russian].

Fridmen, M., Hajek, F. (1990). O svobode. Per. s angl. [pod red. A. Babicha]. Minsk: Polifakt-referendum [in Russian].

Jelster, J. (1994). Vlijanie prav cheloveka na jekonomicheskoe razvitie. *Rossijskij bjulleten' po pravam cheloveka.* 4, 11–25 [in Russian].

Halias, V.I. (2007). Henezys teorii ekonomichnoho prostoru. *Naukovyi visnyk Volynskoho derzhavnoho universytetu imeni Lesi Ukrainky.* 12, 177–182 [in Ukrainian].

Tjunen, fon I. (1926). Izolirovannoe gosudarstvo Moskva: Jekonom. zhizn' [in Russian].

Fomin, S. (2003). «Yevropeiskyi vybir» ta «Intehratsiia v Yevraziiu». Yedynyi ekonomichnyi prostir: Sproba poiednaty nepoiednuvane? *Polityka i chas.* 2, 71–81 [in Ukrainian].

Chekmarev, V.V. (2001). K teorii jekonomicheskogo prostranstva. *Izvestija Sankt-Peterburgskogo universiteta jekonomiki i finansov.* 23, 25–38 [in Russian].

Lohvynenko, O.O. Ekonomichnyi prostir v systemi katehorii instytutsiinoi arkhitektoniky. Sait Natsionalnoi biblioteky Ukrainy imeni V.I. Vernadskoho. URL: http://www.nbuv.gov.ua/Portal/natural/vkhnu/Ekon/802/08looeco.pdf [in Ukrainian].

Резюме

Батанов О.В. **Економічні права у сфері місцевого самоврядування: муніципально-правові аспекти інституціоналізації та реалізації.**

У статті розглядаються муніципально-правові проблеми становлення, реалізації та гарантування економічних прав людини. Розглядаються роль та значення інститутів місцевого самоврядування в умовах формування ринкової економіки. Стверджується, що тільки у тих державах, в яких визнається, існує, практикується й усебічно гарантуються місцеве самоврядування та основоположні цінності муніципалізму, як правило, може сформуватися алгоритм, згідно з яким законодавча влада обирається демократично, виконавча влада їй підконтрольна та відповідальна (політичний аспект), а економіка є розвинутою, ринковою, сталою тощо.

Ключові слова: місцеве самоврядування, територіальна громада, економічні права, ринок, конституційна економіка, громадянське суспільство.

Резюме

Батанов А.В. **Экономические права в сфере местного самоуправления: муниципально-правовые аспекты институционализации и реализации.**

В статье рассматриваются муниципально-правовые проблемы становления, реализации и гарантирования экономических прав человека. Рассматриваются роль и значение институтов местного самоуправления в условиях формирования рыночной экономики. Утверждается, что только в тех государствах, в которых признается, существует, практикуется и всесторонне гарантируется местное самоуправление и основополагающие ценности муниципализма, как правило, может сформироваться алгоритм, согласно которому законодательная власть избирается демократично, исполнительная власть ей подконтрольна и ответственна (политический аспект), а экономика является развитой, рыночной, постоянной и тому подобное.

Ключевые слова: местное самоуправление, территориальная громада, экономические права, рынок, конституционная экономика, гражданское общество.

Summary

Oleksandr Batanov. **Economic rights in the sphere of local self-government: municipal legal aspects of institutionalization and implementation.**

The article discusses the municipal legal problems of the formation, implementation and guarantee of economic human rights. The role and importance of the institutions of local self-government in the conditions of the formation of a market economy are examined.

It is proved that the sustainable development of territorial communities and the effective functioning of municipal authorities depend on the level of economic development in the state, the standard of living of people, the social structure of society, and the like. Therefore, the economic guarantees of the municipal government and human rights in the field of local self-government are the economic system of society, which is based on the principles of a market economy; unity of economic space; free movement of goods, services and financial resources; support for competition, freedom of economic activity, business and labor; recognition, pluralism, equality and protection of various forms of ownership, including communal ownership.

The author believes that local self-government not only captures the political, spiritual and moral values and social achievements of mankind in any social development, but also becomes the most sensitive matter of its economic growth or decline. Also at this level of public authority organization there is a dialectical combination of the will of the legislator with the specific socio-economic interests of the local population.

It is argued that only in those states in which local self-government and fundamental values of municipalism are recognized, exist, practiced and comprehensively guaranteed, as a rule, can an algorithm be formed according to which the legislative branch is elected democratically, the executive branch is controlled and accountable to it (political aspect), and the economy is developed, market, constant, and the like.

It is concluded that the study of human rights in general and of economic rights and freedoms in the context of local self-government, as well as the conceptualization of local self-government through the prism of constitutional economy, market relations, economic security, etc. is one of the most pressing tasks of legal science. This has not only scientific and theoretical significance, but also, first of all, practical significance: both from the point of view of developing legislation, and in terms of resolving specific issues of the formation of real local self-government and the establishment of market relations, the formation of effective mechanisms for ensuring economic human rights in the community.

Key words: local government, territorial community, economic rights, market, constitutional economy, civil society.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.11
УДК 342 (100+4)(094):342.56

П.А. РУДИК

Петро Андрійович Рудик, *доктор історичних наук, професор*[*]

ORCID: 0000-0003-3381-9840

ОСНОВНІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ ТА ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ У СФЕРІ ПРАВОСУДДЯ ТА ЇХ ВПЛИВ НА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЄДНОСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Постановка проблеми. Курс України на інтеграцію до Європейського Союзу зобов'язує її наблизити своє законодавство до міжнародних та європейських стандартів у різних сферах діяльності, в тому числі і в правосудді. Підвищенню рівня дотримання таких стандартів в частині правосуддя сприяє виконання Україною зобов'язань, передбачених Угодою про асоціацію між Україною і ЄС. Проте проведення судової реформи в контексті внесених змін до Конституції України у червні 2016 р. відбувається складно, про що свідчить прийняття у жовтні 2019 р. Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування»[1]. У цьому зв'язку вивчення й запозичення позитивного світового досвіду, міжнародних та європейських стандартів у сфері правосуддя і, зокрема, їх ролі у забезпеченні єдності судової практики в інтересах людини є актуальною проблемою.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивчення наукових публікацій переконує, що вчені таких наукових установ, як Національна академії правових наук України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Інститут законодавства Верховної Ради України, провідних юридичних закладів вищої освіти в останні роки значно активізували свою діяльність в частині аналізу міжнародних і європейських стандартів у сфері правосуддя. Варті уваги розробки таких вчених, як В. Бабкова, В. Бринцев, І. Кресіна, Р. Куйбіда, Л. Москвич, І. Назаров, Л. Наливайко, Н. Пархоменко, Я. Романюк, О. Саленко, О. Святоцький, К. Смирнова, О. Стрєльцова, О. Хотинська-Нор, Ю. Шемшученко, І. Яковюк та ін.[2] Проте запропонована автором проблема в такому аспекті не була предметом їхніх досліджень.

Метою статті є розкриття основних міжнародно-правових та європейських стандартів у сфері правосуддя та їх ролі у забезпеченні єдності судової практики в інтересах людини, котрі зафіксовані в міжнародних та європейських актах і котрі можуть бути творчо застосовані в Україні з урахуванням особливостей її судової системи при подальшому проведенні судової реформи.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. У зв'язку з тим, що серед вчених наявні різні підходи до визначення поняття «міжнародні» і «європейські» правові стандарти у сфері правосуддя, зазначимо свою точку зору щодо їх розуміння і визначення та їхнього впливу на забезпечення єдності судової практики. При цьому зауважимо, що під поняттям «єдність судової практики» розуміється однакове застосування усіма судами одних і тих самих норм права, що судові рішення мають відповідати вимогам Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і вони мають бути розумно передбачуваними. А забезпечення єдності судової практики є реалізацією принципу правової визначеності, котрий є одним із суттєвих елементів принципу верховенства права і гарантує остаточність рішень.

Щодо визначення понять «міжнародні» і «європейські» правові стандарти у сфері правосуддя, то зазначимо таке. Широко розкривають різні підходи вчених до їх визначення О.В. Саленко, Л.Р. Наливайко, К.В. Степаненко та ін.[3] На нашу думку, під міжнародними стандартами слід розуміти установлені міжнародно-правовими актами (документами) певні мінімальні вимоги, закріплені правовими нормами і принципами, котрих зобов'язані дотримуватися у процесі законотворчої діяльності всі держави. А під «європейськими стандартами» слід розуміти типові норми і принципи, котрі закріплені в основних документах Європейського Союзу та Ради Європи і котрих мають дотримуватися всі їхні держави-члени. Для країн, котрі претендують набути членства в ЄС, обов'язковим є застосування стандартів його установчих документів, а для України – ще й норм, зафіксованих в Угоді про асоціацію між Україною і ЄС. Дотримання таких міжнародних і європейських стандартів судами демократичних країн світу і Європи сприятиме забезпеченню єдності судової практики, чого вимагають міжнародні документи ООН та інституції ЄС і Ради Європи.

Водночас заслуговує підтримки пропозиція авторів праці «Правова доктрина України» (у 5 т. Т. 2), котрі підкреслюють необхідність дотримання при застосуванні міжнародно-правових стандартів у національному законодавстві трьох рівнів: по-перше, стандарт має бути зафіксований у нормах міжнародного права і мати обов'язковий чи рекомендаційний характер; по-друге, цей стандарт має бути застосований в юрисдикційних нормах; по-третє, цей же стандарт має бути пояснено і визнано в наукових працях міжнародного права[4], що сприятиме забезпеченню єдності судової практики.

© П.А. Рудик, 2019

[*] ***Petro Rudyk,*** *Dr. hab. in History, Professor*

Проте відсутність єдиного підходу щодо поділу міжнародних стандартів на види і його закріплення в міжнародних і європейських документах не завжди сприяє забезпеченню єдності судової практики. Вчені щодо поділу міжнародних стандартів на види використовують різні підходи. Так, І.В. Назаров у сфері правосуддя міжнародні стандарти поділяє на базові, спеціальні, практику Європейського суду із прав людини, стандарти Європейського Союзу щодо побудови судових систем[5]. В.Д. Бринцев пропонує в загальній системі стандартів правової держави поділити їх на: 1) загальні у сфері державного устрою, прав людини та матеріального права; 2) процесуальні – стандарти окремих галузей судового процесу; 3) судоустрійні – стандарти, на яких будується система судової влади. Проте жвава дискусія щодо поділу міжнародних стандартів на види, на думку В.Д. Бринцева, зумовлена відсутністю єдиного міжнародно-правового акта із закріпленням їх переліку[6].

Такі підходи вчених щодо поділу міжнародних стандартів на види заслуговують уваги. Враховуючи їхні міркування, водночас можна запропонувати поділ міжнародних стандартів у сфері правосуддя на такі дві групи: 1) базові загальновизнані міжнародні стандарти (обов'язкові міжнародні правові стандарти) і 2) спеціальні міжнародні стандарти у сфері правосуддя (стандарти, котрі мають рекомендаційний характер). До першої групи можна віднести базові загальновизнані міжнародні стандарти, закріплені в документах ООН про права людини, котрі тісно пов'язані з правосуддям і до яких належить, зокрема, право кожного на справедливий суд. Положення, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи в компетентному, незалежному та об'єктивному суді, закріплені в Загальній декларації прав людини (ст. 10) (10.12.1948 р.), у двох обов'язкових пактах ООН про права людини: Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (ст. 14) (16.12.1966 р.) та Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (16.12.1966 р.) й інших документах ООН. Загальна декларація прав людини послужила основою як для попередніх документів, так і для Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (04.11.1950 р.). У Конвенції підкреслюється, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення (ч. 1 ст. 6). А такі цінності закріплені в базових міжнародних стандартах, в котрих містяться універсальні принципи здійснення правосуддя, в тому числі право кожного на справедливий суд. Ці базові міжнародні стандарти, що зафіксовані у даних документах, є обов'язковими міжнародними правовими стандартами для демократичних країн світу і Європи. Вони утверджують цінності демократичного суспільства, зокрема, цінності людини, верховенства права, всебічне забезпечення і реалізацію прав і свобод людини і громадянина. Зазначені документи ратифіковані Україною: пакти 19 жовтня 1973 р., а декларація – 17 липня 1997 року. Вони згідно з Конституцією України є частиною національного законодавства України (ч. 1 ст. 9 Конституції), тому їхні норми (міжнародні стандарти) мають обов'язково виконуватися. Основний Закон держави зауважує, що «Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави… Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (ч. 2 ст. 3 Конституції)[7], у тому числі і в сфері правосуддя. Окрім цього, слід також зазначити, що для України відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод юридично обов'язковими є рішення Європейського Суду із прав людини (ст. 53). Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» зобов'язав суди України застосовувати Конвенцію та практику Суду як джерело права (ст. 17), чим засвідчується загальнообов'язковість їх норм. А ст. 18 закону передбачено порядок посилання на Конвенцію та практику ЄСПЛ[8]. Відповідно до даного закону Україна дотримується приписів Конвенції та ЄСПЛ. Так, у 2019 р. нею було виконано 443 рішення Європейського суду з прав людини[9]. Зазначимо, що норми рішень ЄСПЛ виступають як міжнародні стандарти. І на його рішення посилаються в своїх рішеннях національні суди інших країн і, зокрема, суди України. Проте реалізація зазначених вище міжнародних стандартів в Україні відбувається складно. Причинами такого становища є низький рівень професіоналізму суддів, неукомплектованість суддівського корпусу, велике навантаження на суди, високий рівень корупції в судовій системі, низький рівень довіри до судової системи та низький рівень виконання рішень Європейського Суду з прав людини. Чітке осмислення, розуміння й дотримання обов'язкових базових загальновизнаних міжнародних стандартів судами всіх рівнів сприятиме забезпеченню єдності судової практики. Вважаємо, що суди демократичних країн покликані привести свою судову практику у відповідність до базових загальновизнаних міжнародних стандартів.

До другої групи міжнародних стандартів у сфері правосуддя можна віднести «Основні принципи незалежності судових органів», схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 р., «Бангалорські принципи поведінки суддів» від 19 травня 2006 р., схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН 27 липня 2006 р. № 2006/23, низку Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи державам-членам та Висновків Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи тощо. Це міжнародні стандарти рекомендаційного характеру, тобто так званого «м'якого» права. У Резолюції «Основні принципи незалежності судових органів» наголошується на необхідності дотримання таких основних міжнародних стандартів, як гарантування незалежності судових органів державою і закріплення їх в конституції або законах країни, що кожен має право на справедливий і публічний суд, що для здійснення цього права необхідно мати незалежний судовий орган тощо (ч. 3 вступу та ін.). У додатку до резолюції ці стандарти деталізуються і рекомендуються до виконання і вжиття заходів з урахуванням політичних, економічних, соціальних та культурних умов і традицій кожної країни[10].

Резолюція «Бангалорські принципи поведінки суддів», спираючись на положення Загальної декларації прав людини, взявши до уваги, що компетентність, незалежність та неупередженість судових органів, їх моральність, чесність, непідкупність тощо мають велике значення для виконання судами своєї ролі з підтримки конституціоналізму та правопорядку, визначила такі основні принципи діяльності судових органів та їх суддів, як незалежність, об'єктивність, чесність і непідкупність, дотримання етичних норм, рівне ставлення до всіх сторін судового процесу, компетентність і старанність судів тощо[11]. Дотримання цих загальних міжнародних стандартів сприятиме забезпеченню єдності судової практики, захисту прав і свобод людини.

Безпосередньому забезпеченню єдності судової практики сприяє прийняття Консультативною радою європейських суддів низки висновків щодо судової системи і спеціального Висновку № 20(2017) «Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону» від 10 листопада 2017 року. Він підготовлений на підставі її попередніх висновків за 2001–2015 рр., Великої хартії суддів (2010 р.), а також Європейської хартії про статус суддів (1998 р.) та Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки (17.11.2010 р.). Його положення мають узагальнюючий характер.

У Висновку наголошується на важливості та значущості єдиного застосування судами закону при прийнятті ними рішення, на необхідності уникнення суперечливих рішень національними судами, особливо судами найвищих інстанцій стосовно забезпечення права кожному на справедливий суд (п.п. 9, с. розділу VIII висновку)[12]. На основі аналізу судової практики КРЄС висунула низку стандартів і рекомендацій. Вона допускає можливість посилання на попередні рішення судів і рішення вищих судів, стверджує, що посилання на попередні судові рішення є дійовим засобом для суддів як у системі загального права, так і в системі континентального права (п. 10 висновку), що судді країн континентального права керуються судовою практикою, особливо вищих судів, чиї повноваження включають забезпечення єдності судової практики (п. 12 висновку), що суди нижчих інстанцій керуються рішеннями вищих судів у подібних справах, і в таких випадках, зокрема, вищі суди, або верховний суд, або касаційний суд виконують своє повноваження із забезпечення єдиного застосування закону (п. 12 висновку). Водночас КРЄС зауважила можливість застосування для забезпечення єдності судової практики і прецедентів (п. а. розділу VIII висновку).

КРЄС пропонує механізми забезпечення єдності судової практики, поділяючи їх на три види: формальні, напівформальні та неформальні. До формальних механізмів вона відносить формальні провадження у верховних чи касаційних судах, які мають найбільший безпосередній вплив на єдине тлумачення та застосування закону (п. 16 висновку). До напівформальних механізмів КРЄС включає, зокрема, регулярні заплановані зустрічі суддів певного рівня або суддів одного рівня з суддями вищої інстанції з метою приділити увагу принципам застосування закону відповідно до встановленої судової практики. Неформальними механізмами нею вважаються неформальні консультації суддів з метою встановлення консенсусу з різних питань процесуального і матеріального права у випадках, коли судова практика містить розбіжності (п.п. 16, 17, 18 висновку). Водночас КРЄС застерігає, що зазначені механізми мають сприяти розвитку єдиного застосування закону, проте їхні рекомендації не мають впливати на незалежність окремого судді (п. 19 висновку). Вважаємо, що такі механізми заслуговують на увагу. Хоча їх розвиток на цьому не завершується.

У вирішенні суперечностей у судовій практиці першорядну роль відіграє верховний суд, який має забезпечити її єдність і таким чином підтримувати громадську довіру до судової системи (п. 20 висновку). На основі аналізу організації судової системи різних країн Європи КРЄС дійшла висновку, що доступ до їх верховних судів забезпечується по-різному. Тому для забезпечення єдності судової практики вона рекомендувала встановлювати адекватні критерії відбору для допуску справ до розгляду у верховному суді, враховуючи, що його основною роллю є сприяння єдиного тлумачення закону. На думку КРЄС, верховні суди мають розглядати лише справи, котрі мають прецедентну цінність, та обмежити себе у втручанні в роботу інших судів (п.п. 21, 22, 23 висновку). Верховному суду рекомендуються й інші механізми для забезпечення єдності судової практики, зокрема, при непослідовності його практики звернення до великих палат або скликання більших колегій, щоб «обмінятися думками» з палатою, від практики якої планує відійти інша палата, а також напівформальні чи неформальні механізми (п.п. 19, 24 висновку). Якщо розбіжності судової практики трапляються на апеляційному рівні судової системи (в межах апеляційного суду або між різними апеляційними судами), то у цьому випадку, на думку КРЄС, варто подати подальшу скаргу з відповідного правового питання до верховного суду (п. 25).

Важливу роль у забезпеченні єдиного застосування законів відіграють апеляційні суди у випадках, коли доступ до верховних судів перестає бути питанням права і стає питанням винятку. У цій ситуації апеляційні суди будуть вищою інстанцією для більшості справ і повинні мати можливість здійснювати свої повноваження щодо забезпечення якості правосуддя, що також включає потребу в забезпеченні єдності застосування закону (п. 26 висновку). КРЄС вважає, що наявність спеціалізованих судів на нижчому рівні не завжди негативно впливає на єдність судової практики, якщо на вершині структури судової влади є єдиний верховний суд із загальною юрисдикцією. При наявності кількох «верховних судів» національне законодавство відповідно до судової практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) має передбачити формальні або неформальні механізми подолання непослідовності між цими непов'язаними й незалежними верховними судами для того, щоб такі механізми сприяли консолідації національної судової практики (п. 27 висновку).

Виходячи із різноманітності судової практики в різних країнах, на думку КРЄС, верховний суд, роль котрого полягає в наданні керівних рекомендацій на майбутнє, має забезпечувати єдність судової практики і розвиток права, за допомогою належної системи фільтрування звернень (п. 28 висновку).

Верховний суд може прийняти попереднє рішення у конкретній справі у разі, коли суди нижчих інстанцій звертаються до нього з проханням роз'яснення певної правової норми в рамках справи, що перебуває на розгляді. Водночас КРЄС застерегла, що такі попередні рішення можуть надати завчасну авторитетну відповідь на питання і тим самим можуть перешкодити послідовному розвитку права (п. 29).

КРЄС вказує на можливі випадки відхилення від судової практики. Такі відхилення обумовлюються: по-перше, необхідністю реформування або вдосконалення права; по-друге, змінами в суспільстві, котрі можуть викликати необхідність нового тлумачення закону; по-третє, потребою відкоригувати рішення національних судів та органів, створених на підставі міжнародних договорів (таких як Суд ЄС або ЄСПЛ), по-четверте, гострою необхідністю удосконалення попереднього тлумачення закону тощо (п.п. 30, 31 висновку). Водночас КРЄС вважає, що «принципи правової визначеності і передбачуваності мають підтримувати презумпцію того, що питання права, з приводу якого вже встановлена судова практика, не повинні переглядатися» (п. 31 висновку). Відстоюючи позицію, що суддя має в цілому застосовувати закон послідовно, КРЄС вимагає, щоб суддя в судовому рішенні надавав чітке обґрунтування про свій відхід від попередньої судової практики, показав, що він знає про сталу судову практику і змінив її свідомо. Невиконання таких вимог згідно з ЄСПЛ може вважатися довільним застосуванням закону, а право особи на справедливий суд може бути визнане порушеним (п. 32 висновку). Проте якщо суддя діє добросовісно та постійно відходить від сталої судової практики, надаючи відповідні обґрунтування, то він не повинен позбавлятися мотивації розвивати судову практику (п. 39 висновку). Вважаємо, що така позиція КРЄС заслуговує лише схвалення.

Важливою для забезпечення єдиного застосування закону є належна система звітності щодо судової практики. Судові рішення верховних та апеляційних судів мають публікуватися щонайменше не тільки для того, щоб до них був доступ сторін окремої справи, а й щоб на них могли покластися в майбутньому інші суди, адвокати, прокурори, вчені й широка громадськість. Для цього можуть запроваджуватися офіційні, напівофіційні і приватні види звітів, а судді повинні мати доступ принаймні до електронної бази даних судової практики верховних і апеляційних судів та використовувати їх безкоштовно для свого подальшого навчання. КРЄС вітає практику стислих викладів судових рішень та відбір й оприлюднення групи судових рішень, які встановлюють певні важливі стандарти для застосування в майбутніх справах (п.п. 39, 40, 41, 42, 43 висновку).

КРЄС підкреслює значимість концепції єдиного застосування закону для всіх органів влади: законодавчої, виконавчої і судової. Ці органи є взаємопов'язаними і взаємозалежними, бо всі вони зобов'язані посилювати узгодженість і послідовність застосування правових норм. Законодавча влада має звернути увагу на судову практику, напрацьовану з тих питань, де запроваджуються зміни. Закони мають бути логічними, узгодженими, належним чином написані, мати зрозумілі формулювання, уникати зайвої двозначності і не мати внутрішніх суперечностей. Тоді суди зможуть краще забезпечити єдине застосування закону (п. 44 висновку). Визнаючи неминучість в сьогоденному зарегульованому суспільстві законодавчих реформ, КРЄС попередила, що часта, іноді непослідовна та поспішна зміна законів впливає на якість законодавства і правової визначеності. Фрагментарний характер змін і складність законів (з поправками) компрометують принцип правової визначеності (п. 45 висновку). Неоднозначно сформульовані закони не сприяють судам дійти єдиного та загально прийнятного тлумачення. Визнаючи визначеність надзвичайно бажаною, КРЄС, спираючись на рішення ЄСПЛ, передбачає можливим зміни закону залежно від обставин. Вона обумовлює, що «широкі визначення та відкриті норми є часто необхідними, оскільки вони надають судам необхідну гнучкість та можуть використовуватися за потреби заповнити прогалини законодавства» (п. 46 висновку).

Досить важливою у забезпеченні єдиного застосування закону є роль адвокатів і прокурорів. У цьому зв'язку у висновку наголошується, що для забезпечення найкращої якості правосуддя для сторін, що здійснюється судами, адвокати й прокурори мають докладати належних зусиль і повинні проводити необхідні дослідження судової практики та наводити аргументи щодо застосовності чи, відповідно, незастосовності попередніх рішень (п. 47 висновку).

Особливо важливим у висновку є положення про забезпечення єдиного застосування судами міжнародного та національного права. Враховуючи, що інтернаціоналізація права створює виклики щодо забезпечення єдності його застосування в різних країнах, КРЄС вважає за необхідне досягати єдиного застосування державами-підписантами міжнародних договорів. Вона зауважує, що між національним правом і міжнародними договорами суперечності не допускаються. Така вимога ставиться до всіх держав незалежно від того, чи держава дотримується «дуалістичної системи» (коли міжнародне право не застосовується напряму і для цього потрібне національне законодавство) чи «моністичної системи» (коли міжнародне права не треба запроваджувати до національного законодавства й коли міжнародний договір, який ратифіковано, може застосовуватися судами напряму)». Водночас підкреслюється вимога налагодити належну взаємодію правових норм на різних рівнях правової системи для того, щоб забезпечити функціонування співіснуючих та інтегрованих систем як єдиного цілого (п. 48)[13].

Такими в загальних рисах є вимоги КРЄС, щоб забезпечити єдине застосування закону в практичній діяльності суддів загальної юрисдикції. В Україні Висновку № 20(2017) «Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону» (10.11.2017 р.) приділена особлива увага. Тут відбулася спеціальна презентація цього документа, під час якої її учасники обговорили його основні положення, особливості забезпечення єдності судової практики в Україні в контексті судової реформи та урахування стандартів Ради Європи, обмінялися думками стосовно ролі Верховного Суду в забезпеченні єдності судової практики тощо[14].

Відсутність в Україні єдності судової практики стала однією з причин проведення судової реформи. Відповідальність як за забезпечення єдності судової практики, так і за подолання пов'язаних з цим проблем несе Верховний Суд. Аналізу проблем ефективності українського законодавства і ролі Верховного Суду в забезпеченні єдності судової практики та наближення її до стандартів Ради Європи була присвячена конференція «Єдність судової практики: погляд Європейського суду з прав людини та Верховного Суду» (червень 2019 р.), організована Верховним Судом спільно з проєктом Ради Європи «Підтримка виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини». Присутні були поінформовані про кращі практики держав-членів Ради Європи щодо перегляду судових справ як одного із засобів гарантування restitutio in integrum після прийняття відповідних рішень Європейським судом з прав людини. Головними темами конференції для обговорення стали забезпечення єдності судової практики, корупційні правопорушення та забезпечення права на справедливий суд у практиці ЄСПЛ, практичні питання відновлення судового провадження, забезпечення незалежності судової влади та ефективності судових рішень, із яких доповідачами виступили судді ЄСПЛ Ганна Юдківська, Йонко Грозев, Пауло Пінту Де Альбукерке, Петер Пацолай, а також судді Верховного Суду, Вищого антикорупційного суду, представники антикорупційних органів, міжнародні та національні експерти. Так, Голова Верховного Суду Валентина Данішевська зазначила, що упродовж першого року роботи Велика Палата Верховного Суду напрацювала підходи до вирішення юрисдикційних конфліктів, які постали перед ВС, зокрема, шляхом уніфікації критеріїв віднесення справи до юрисдикції того чи іншого суду. Учасники конференції обговорили також питання щодо виконання рішень Європейського суду з прав людини, незалежності суддів, корупції, повторного відкриття судового провадження, імплементації Протоколу № 16 до Європейської конвенції з прав людини, а також ролі Верховного Суду в забезпеченні вирішення цих питань. Вони висловили низку пропозицій щодо забезпечення єдності судової практики в Україні, подолання викликів у питаннях забезпечення верховенства права, ефективного захисту прав й основоположних свобод людини тощо[15].

Висновок. Отже, загалом міжнародні і європейські стандарти можна поділити на базові загальновизнані міжнародні стандарти і спеціальні міжнародні стандарти у сфері правосуддя. Їх вплив на забезпечення єдності судової практики в демократичних країнах світу і Європи незаперечний. Всебічне втілення таких стандартів у життя в контексті судової реформи в Україні є актуальним та має важливе значення для забезпечення єдності судової практики, поступального демократичного розвитку нашої країни на шляху впровадження принципів верховенства права, захисту прав людини, утвердження принципу людиноцентризму і побудови правової держави.

---

[1] Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування: Закон України від 16 жовтня 2019 р. № 193-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/193-20

[2] Бабкова В.С. Міжнародні стандарти як джерела судового права України. *Право України.* 2015. № 7 С. 136–143; Комарова Т.В. Суд Європейського Союзу: розвиток судової системи та практики тлумачення права ЄС : монографія. Харків : Право, 2018. 528 с.; Кресіна І.О. Виборність суддів як реалізація принципу народовладдя. *Право України.* 2019. № 10. С. 142–157; Назаров І.В. Судові системи країн Європейського Союзу та України: генезис та порівняння. монографія. Харків: Фінн, 2011. 432 с.; Яковюк І.В. Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз : монографія. Харків : Право, 2013. 760 с.; Ключові правові реформи: Як утілено європейські стандарти? / за ред. Р. Куйбіди / Видання Центру політико-правових реформ. Київ : ФОП Москаленко О.М., 2016. 74 с.; Україна і Європейський Союз: шлях до сталого розвитку: зб. наук. статей за матеріалами І-ї наук. практ. конф. з європ. права (м. Харків, 24 квітн. 2018 р.) / редкол.: А.П. Гетьман, І.В. Яковюк та ін. Харків, Право, 2018. 450 с.; Шемшученко Ю.С. Судова реформа в Україні у світлі європейського досвіду: конституційний аспект. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2016. № 6. С. 47–59; Утвердження європейської моделі судочинства і верховенства права – пріоритети судової реформи та відновлення суспільної довіри до судів в Україні : інтерв'ю учасників форуму журналу «Право України» / В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко, Н.С. Кузнецова, О.Д. Святоцький та ін. *Право України.* 2014. № 11. С. 74–135; Конституційний процес: поточний результат, ризики і перспективи (Аналітична доповідь Центру Разумкова) / М.І. Козюбра, О.В. Марцеляк, П.Б. Стецюк та ін. *Національна безпека і оборона*. 2016. № 5–6. С. 3–52 та ін.

[3] Саленко О.В. Гармонізація законодавства України про судоустрій і статус суддів із міжнародними стандартами: монографія. Київ: Алерта, 2016. 174 с.; Наливайко Л.Р., Степаненко К.В. Міжнародно-правові стандарти прав людини: навч. посіб. Дніпро: ДДУВС, 2019. 184 с. та ін.

[4] Правова доктрина України: у 5 т. / Ю.П. Витяк, Ю.Г. Барабаш, М.П. Кучерявенко та ін. ; за заг. ред. Ю.П. Витяка. Харків : Право, 2013. Т. 2: Публічно-правова доктрина України. С. 257.

[5] Назаров І.В. Судові системи країн Європейського Союзу та України: генезис та порівняння: монографія. Харків: Фінн, 2011. С. 340–361.

[6] Бринцев В.Д. Стандарти правової держави: втілення у національну модель організаційного забезпечення судової влади: монографія. Харків: Право, 2010. С. 54.

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

[8] Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

[9] Інформація щодо виконання рішень Європейського Суду з прав людини у справах проти України. URL: https://minjust.gov.ua/m/informatsiya-schodo-vikonannya-rishen-evropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravah-proti-ukraini

[10] Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та 13 грудня 1985 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua

[11] Бангалорські принципи поведінки суддів від 19.05.2006 р., схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН 27.07.2006 р. № 2006/23. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67

[12] Висновок № 20(2017) Консультативної ради європейських суддів «Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону» від 10 листопада 2017 р. URL: http://www.vru.gov.ua/content/file/

[13] Там само.

[14] Роль судів у забезпеченні єдності застосування закону. Висновки КРЄС : Всеукраїнська громадська організація «Асоціація правників України». 06.12.2017 р. URL: https://uba.ua/ukr /news/5374/

[15] Конференція єдність судової практики: погляд. Офіс Ради Європи в Україні. URL: https://www.coe.int/uk/web/kyiv/-/conference-uniformity-of-judicial-practice-opinions-of-the-european-court-of-human-rights-and-the-supreme-court

References:

Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy «Pro sudoustrij i status suddiv» ta deiakykh zakoniv Ukrainy schodo diial'nosti orhaniv suddivs'koho vriaduvannia: Zakon Ukrainy № 193-IX (2019, zhovtnia 16). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/193-20 [in Ukrainian].

Babkova, V.S. (2015). Mizhnarodni standarty iak dzherela sudovoho prava Ukrainy. *Pravo Ukrainy.* 7. 136–143 [in Ukrainian].

Komarova, T.V. (2018). Sud Yevropejs'koho Soiuzu: rozvytok sudovoi systemy ta praktyky tlumachennia prava YeS : monohrafiia. Kharkiv : Pravo [in Ukrainian].

Kresina, I.O. (2019). Vybornist' suddiv iak realizatsiia pryntsypu narodovladdia. *Pravo Ukrainy.* 10. 142–157 [in Ukrainian].

Nazarov, I.V. (2011). *Sudovi systemy krain Yevropejs'koho Soiuzu ta Ukrainy: henezys ta porivniannia:* monohrafiia. Kharkiv: Finn [in Ukrainian].

Yakoviuk, I.V. (2013). *Pravovi osnovy intehratsii do YeS: zahal'noteoretychnyj analiz* : monohrafiia. Kharkiv : Pravo [in Ukrainian].

Kujbidy, R. (za red.) (2016). Kliuchovi pravovi reformy: Yak utileno ievropejs'ki standarty? *Vydannia Tsentru polityko-pravovykh reform.* Kyiv : FOP Moskalenko O.M. [in Ukrainian].

Het'man, A.P., Yakoviuk, I.V. ta in. (redkol.) (2018). *Ukraina i Yevropejs'kyj Soiuz: shliakh do staloho rozvytku*: zb. nauk. statej za materialamy I-i nauk. prakt. konf. z ievrop. prava (m. Kharkiv, 24 kvitn. 2018 r.). Kharkiv, Pravo [in Ukrainian].

Shemshuchenko, Yu.S. (2016). Sudova reforma v Ukraini u svitli ievropejs'koho dosvidu: konstytutsijnyj aspekt. *Chasopys tsyvil'noho i kryminal'noho sudochynstva.* 6. 47–59 [in Ukrainian].

Tatsij, V.Ya., Shemshuchenko, Yu.S., Kuznetsova, N.S., Sviatots'kyj, O.D. ta in. (2014). Utverdzhennia ievropejs'koi modeli sudochynstva i verkhovenstva prava – priorytety sudovoi reformy ta vidnovlennia suspil'noi doviry do sudiv v Ukraini : interv'iu uchasnykiv forumu zhurnalu «Pravo Ukrainy». *Pravo Ukrainy.* 11. 74–135 [in Ukrainian].

Koziubra, M.I., Martseliak, O.V., Stetsiuk, P.B. ta in. (2016). Konstytutsijnyj protses: potochnyj rezul'tat, ryzyky i perspektyvy (Analitychna dopovid' Tsentru Razumkova). *Natsional'na bezpeka i oborona.* 5–6. 3–52 [in Ukrainian].

Salenko, O.V. (2016). *Harmonizatsiia zakonodavstva Ukrainy pro sudoustrij i status suddiv iz mizhnarodnymy standartamy:* monohrafiia. Kyiv: Alerta [in Ukrainian].

Nalyvajko, L.R., Stepanenko, K.V. (2019). *Mizhnarodno-pravovi standarty prav liudyny:* navch. posib. Dnipro: DDUVS [in Ukrainian].

Vytiak, Yu.P., Barabash, Yu.H., Kucheriavenko, M.P. ta in. (2013). Pravova doktryna Ukrainy: u 5 t. Kharkiv : Pravo, T. 2: Publichno-pravova doktryna Ukrainy [in Ukrainian].

Bryntsev, V.D. (2010). *Standarty pravovoi derzhavy: vtilennia u natsional'nu model' orhanizatsijnoho zabezpechennia sudovoi vlady*: monohrafiia. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

Konstytutsiia Ukrainy iz zminamy, vnesenymy zghidno iz zakonamy. (1996). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy.* 1930, 141 [in Ukrainian].

Pro vykonannia rishen' ta zastosuvannia praktyky Yevropejs'koho sudu z prav liudyny: Zakon Ukrainy (2006, liutoho 23). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy.* 30, 260 [in Ukrainian].

Informatsiia schodo vykonannia rishen' Yevropejs'koho Sudu z prav liudyny u spravakh proty Ukrainy. URL: https://minjust.gov.ua/m/informatsiya-schodo-vikonannya-rishen-evropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-u-spravah-proti-ukraini [in Ukrainian].

Osnovni pryntsypy nezalezhnosti sudovykh orhaniv, skhvaleni rezoliutsiiamy 40/32 ta 40/146 Heneral'noi Asamblei OON vid 29 lystopada ta 13 hrudnia 1985 roku. URL: http://zakon2.rada.gov.ua [in Ukrainian].

Banhalors'ki pryntsypy povedinky suddiv» vid 19.05.2006 r., skhvaleni Rezoliutsiieiu Ekonomichnoi ta Sotsial'noi Rady OON № 2006/23. (2006, lypnia 27). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67 [in Ukrainian].

Vysnovok № 20 Konsul'tatyvnoi rady ievropejs'kykh suddiv «Pro rol' sudiv u zabezpechenni iednosti zastosuvannia zakonu» (2017, lystopada 10). URL: http://www.vru.gov.ua/content/file/ [in Ukrainian].

Rol' sudiv u zabezpechenni iednosti zastosuvannia zakonu. Vysnovky KRYeS : Vseukrains'ka hromads'ka orhanizatsiia «Asotsiatsiia pravnykiv Ukrainy». (2017, hrudnia 6). URL: https://uba.ua/ukr/news/5374/) [in Ukrainian].

Konferentsiia iednist' sudovoi praktyky: pohliad. Ofis Rady Yevropy v Ukraini. URL: https://www.coe.int/uk/web/kyiv/-/conference-uniformity-of-judicial-practice-opinions-of-the-european-court-of-human-rights-and-the-supreme-court [in Ukrainian].

Резюме

Рудик П.А. **Основні міжнародно-правові та європейські стандарти у сфері правосуддя та їх вплив на забезпечення єдності судової практики.**

Аналізується розуміння вченими поняття «міжнародні» і «європейські» стандарти у сфері правосуддя, пропонується їх визначення та поділ на основні групи, розкривається вплив базових загальновизнаних міжнародних стандартів і спеціальних міжнародних стандартів у сфері правосуддя на забезпечення єдності судової практики.

Ключові слова: міжнародні, європейські, стандарти, правосуддя, судова, практика, єдність, застосування, закон.

Резюме

Рудык П.А. **Основные международно-правовые и европейские стандарты в сфере правосудия и их влияние на обеспечение единства судебной практики.**

Анализируется понимание учеными понятия «международные» и «европейские» стандарты в сфере правосудия, предлагается их определение и разделение на основные группы, раскрывается влияние базовых общепризнанных международных стандартов и специальных международных стандартов в сфере правосудия на обеспечение единства судебной практики.

Ключевые слова: международные, европейские, стандарты, правосудие, судебная, практика, единство, применение, закон.

Summary

Petro Rudyk. **Basic international and European standards in the field of justice and their impact on ensuring the consistency of judicial practice.**

Ukraine's integration into the European Union binds the former to approximate its legislation to international and European standards in various fields, including justice. This is also prompted by the EU-Ukraine Association Agreement and by the need for judicial reform, subject to the amendments to the Constitution of Ukraine of June 2016. The purpose of the article is to disclose basic international and European standards in the field of justice and their role in ensuring the consistency of judicial practice, which has not been studied in this aspect before.

Scholars have different approaches to defining the concept of "international" and "European" legal standards in the field of justice and their division into types. The author proposes the understanding and definition of these concepts and the division of international standards into two main groups: 1) basic generally recognized international standards, that is binding international legal standards; and 2) special international standards in the field of justice that are advisory. The first group consists of the basic internationally recognized standards enshrined in UN human rights instruments, which are closely related to justice and include, in particular, everyone's entitlement to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal. They are enshrined in the Universal Declaration of Human Rights (Article 10), the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 14), the European Convention on Human Rights (Article 6, paragraph 1). These basic international standards are binding for democratic countries in the world and in Europe, in particular for Ukraine, as they have been ratified by it. A clear understanding of and adherence to mandatory basic internationally recognized international standards by courts of all tiers will help to ensure the consistency of judicial practice.

The second group of international standards in the field of justice consists of the Basic Principles on the Independence of the Judiciary, approved by the resolutions of the UN General Assembly (1985), the Bangalore Principles of Judicial Conduct, approved by the UN Economic and Social Council Resolution (2006), recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe, and opinions of the Consultative Council of European Judges for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe, etc. They emphasize the need to adhere to such basic international standards as guaranteeing the independence of the judiciary by the state and enshrining them in the constitution or laws of the country, and define such basic principles of the functioning of the judiciary and judges as independence, objectivity, honesty, incorruptibility, observance of ethical rules, equal treatment of all parties to the proceedings, competence and diligence of courts, and so forth. Compliance with these general international standards in the field of justice will help to ensure the integrity of the judiciary in the interests of a person. Such standards and specific recommendations for ensuring the integrity of the judiciary are broadly outlined in the Consultative Council of European Judges Opinion on the Role of Courts in Ensuring the Unity of Law (2017), namely the importance of uniform application of the law, the possibility of the use of precedents, the paramount role of the Supreme Court in ensuring the integrity of the judiciary, the creation of a mechanism for filtering appeals, the inadmissibility of conflicting decisions, the importance of the role of the courts of appeal, the solid reasons for deviation from previous judicial practice, the compliance with the reporting system of courts, the application of previous decisions to specific cases, the ensuring of the principle of independence of judges, the use of various mechanisms to ensure the integrity of judicial practice. These issues were also discussed during the presentation of the Opinion in Ukraine and holding the conference *Integrity of judicial practice: the view of the European Court of Human Rights and of the Supreme Court* (2019).

Key words: international standards, European standards, justice, judicial practice, integrity, application, law.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.12
УДК 342.7

Н.П. ГАЄВА

Надія Петрівна Гаєва, *кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*[*]

ORCID: 0000 0001 55405695

ПРАВОВІ ЗАСАДИ УЧАСТІ ОБ'ЄДНАНЬ ГРОМАДЯН У ЗДІЙСНЕННІ ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ

Постановка проблеми. Розбудова України як незалежної, соціальної, правової держави передбачає вирішення чималої кількості правових проблем, зокрема і тієї, що пов'язана з участю об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю. У даному напрямі в Україні вже вжито відповідних заходів, зокрема створена значна кількість нормативно-правових актів**,** присвячених здійсненню громадського контролю з боку об'єднань громадян. Проте зазначеній роботі не вистачає відповідних наукових узагальнень, без яких не вдасться на практиці належним чином організувати діяльність об'єднань громадян як суб'єктів громадського контролю.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правових засад участі об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю тією чи іншою мірою стали предметом дослідження у наукових працях таких вчених, як С.М. Алфьоров, І.А. Артеменко, С.С. Вітвіцький, О.Г. Бондарчук, Я.М. Буздуган, М.Ю. Віхляєв, І.М. Жаровська, В.М. Кравчук, А.С. Крупник, С.М. Кушнір, Т.В. Наливайко, О.В. Савченко, І.О. Сквірський та ін. Але, разом з тим, незважаючи на вагомі здобутки, питання дослідження правових засад участі об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю є незавершеним. Саме тому існує потреба в подальшому його дослідженні.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, метою даної статті є аналіз чинних нормативно-правових актів, які регламентують участь об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю, а також розроблення пропозицій щодо їх удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Вітчизняна система нормативно-правових актів, що забезпечують здійснення громадського контролю з боку об'єднань громадян, є розгалуженою. До таких нормативно-правових актів слід віднести: 1) Конституцію України; 2) закони; 3) підзаконні акти ; 4) міжнародні акти, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Але враховуючи обсяг наукової статті, варто зупинитися на Конституції України та окремих законах, які посідають вагоме місце серед нормативно-правових актів**,** присвячених участі об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю.

Центральне місце в ієрархічній структурі нормативно-правових актів, присвячених участі об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю, як і в усіх інших інститутах національного законодавства, належить Конституції України[1]. Вона як єдиний нормативно-правовий акт, який є Основним Законом України, має найвищу юридичну силу. Інші види законів приймаються на основі Конституції й мають відповідати їй, інакше вони були б недійсними. Однак правові засади громадського контролю передбачені в Конституції України опосередковано. У досліджуваному нами аспекті основоположною конституційною нормою виступає ст. 38 Основного Закону, якою передбачається право громадян брати участь в управлінні державними справами. Однією із форм реалізації даного конституційного права громадян є їх участь безпосередньо або через об'єднання громадян у здійсненні громадського контролю за діяльністю органів державної влади. Це, безперечно, є позитивним, проте на сьогодні досить відчутною є недостатність нормативної регламентації саме на рівні Конституції України теоретичних основ громадського контролю. Тому для досягнення цієї мети слушною є позиція науковців доповнити Конституцію України, зокрема її ст. 38 частиною третьою, за якою об'єднання громадян та окремі громадяни мають право здійснювати громадський контроль[2]. Це сприятиме швидкому розвитку правових засад громадського контролю, з'ясуванню його сутності та основних ознак. Водночас у законодавстві про громадські організації та політичні партії слід передбачити такий вид їх діяльності, як громадський контроль, що дасть змогу однозначно стверджувати, що об'єднання громадян є суб'єктами громадського контролю.

Щодо законів, які забезпечують здійснення громадського контролю з боку об'єднань громадян, то їх умовно можна поділити на дві групи: 1) закони, які безпосередньо регламентують діяльність політичних партій, громадських організацій та їх видів, наділяючи їх певними правами, за допомогою яких вони мають можливість здійснювати громадський контроль; 2) закони, які регламентують певну сферу суспільного

© Н.П. Гаєва, 2019

[*] ***Nadezhda Gayeva,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Senior Researcher of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

життя та надають громадським організаціям низку прав, які уможливлюють їх участь у здійсненні громадського контролю.

Розпочнемо із характеристики першої групи законів, до якої, зокрема, належать: закони України «Про громадські об'єднання», «Про політичні партії в Україні», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності».

Так, відповідно до ст. 12 Закону України «Про політичні партії в Україні» від 05 квітня 2001 р. за політичними партіями, для виконання своїх функцій, а отже, і здійснення громадського контролю, закріплено низку прав, зокрема: вільно провадити свою діяльність у межах передбачених Конституцією України, цим Законом та іншими законами України; брати участь у виборах Президента України, до Верховної Ради України, до інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб; використовувати державні засоби масової інформації, а також застосовувати власні засоби масової інформації. Суттєве значення має й те, що згідно з ч. 2 ст. 12 зазначеного Закону політичним партіям гарантується свобода опозиційної діяльності, у тому числі: 1) можливість викладати публічно і обстоювати свою позицію з питань державного і суспільного життя; 2) брати участь в обговоренні та оприлюднювати і обґрунтовувати критичну оцінку дій і рішень органів влади, використовуючи для цього державні і недержавні засоби масової інформації в порядку, встановленому законом; 3) вносити до органів державної влади України та органів місцевого самоврядування пропозиції, які обов'язкові для розгляду відповідними органами в установленому порядку[3]. Тут не можна не помітити, що формулювання даного припису, де вживається словосполучення «у тому числі», дає підстави стверджувати, що регулювання свободи опозиційної діяльності політичних партій має бути взято за основу, а законодавцю доведеться приймати спеціальний закон, яким має бути врегульовано, зокрема, правові засади і гарантії опозиційної діяльності політичних партій, процесуальний механізм її реалізації. Окрім того, цитована ч. 2 ст. 12 Закону потребує уточнення та доповнення словом «політична» перед словами «опозиційна діяльність», оскільки у буквальному значенні під опозиційною діяльністю можна розуміти протидію, опір будь-кому і будь-чому[4], що не має нічого спільного з політичною діяльністю політичних партій. Все це має внести свої корективи в належне та повноцінне здійснення політичними партіями повноважень як суб'єктів громадського контролю.

Разом із тим дієвість громадського контролю з боку політичних партій оцінюється не лише у площині достатніх можливостей, встановлених законодавством, а й залежно від реальних намірів та готовності політичних партій використовувати повною мірою дієві форми для здійснення громадського контролю. Втім, на превеликий жаль, в умовах сьогодення простежується тенденція суперечливої ролі політичних партій, наприклад, у контролі за виборчим процесом. З одного боку, партії безпосередньо заінтересовані в тому, щоб не допустити порушень з боку своїх конкурентів; з іншого – для перемоги у виборчих змаганнях партії самі нерідко вдаються до порушень[5]. На думку М.А. Бучина, офіційні спостерігачі від політичних партій є швидше «гравцями», ніж спостерігачами. При цьому автор додає, що офіційні спостерігачі від політичних партій, які керуються здебільшого партійними інтересами, «намагаються зробити результати виборів максимально сприятливими для своєї політичної сили»[6]. В силу цього така позиція офіційних спостерігачів від політичних партій ставить під сумнів об'єктивність та ефективність реалізації спостереження як однієї з форм громадського контролю. Проте така ситуація не дає підстави ставити під сумнів необхідність громадського контролю з боку політичних партій як такого, що вносить свій певний вклад в розбудову демократичної держави. Водночас слід погодитися із С.М. Алфьоровим та С.С. Вітвіцьким, котрі цілком правильно відзначають, що контроль з боку політичних партій за виборчим процесом має доповнюватися контролем з боку незалежних громадських організацій[7].

При цьому одразу зазначимо, що ступінь інтенсивності правового регулювання громадського контролю з боку громадських організацій в інших сферах суспільного життя залежить передусім від спрямованості діяльності громадської організації. Перелік прав, які уможливлюють участь громадських організацій у здійсненні громадського контролю, визначений ст. 21 Закону України «Про громадські об'єднання» від 22 березня 2012 р., серед яких: 1) звертатися до органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб з пропозиціями (зауваженнями), заявами (клопотаннями), скаргами; 2) одержувати публічну інформацію, що знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації; 3) брати участь у розробленні проєктів нормативно-правових актів, що видаються органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування і стосуються сфери діяльності громадського об'єднання (а отже, і громадської організації) та важливих питань державного і суспільного життя; 4) проводити мирні зібрання[8].

Також слід вказати, що громадським контролем з боку громадських організацій охоплюється не лише діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, а будь-яка сфера життєдіяльності суспільства. Для прикладу, у трудовій сфері особливого значення набувають професійні спілки, яким надано повноваження здійснювати громадський контроль, зокрема: за додержанням законодавства про працю, за реалізацією прав членів профспілки у сфері охорони здоров'я, медико-соціальної допомоги (ст. ст. 21, 30 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»)[9]. Для досягнення цієї мети вищенаведений Закон надає профспілкам низку прав, серед яких: 1) право вимагати від роботодавця у разі загрози життю або здоров'ю працівників негайного припинення робіт на робочих місцях, виробничих дільницях, у цехах та інших структурних підрозділах або на підприємствах чи виробництвах фізичних осіб, які відповідно до законодавства використовують найману працю, в цілому на період, необхідний для усунення загрози

життю або здоров'ю працівників; 2) право на проведення незалежної експертизи умов праці, а також об'єктів виробничого призначення, що проєктуються, будуються чи експлуатуються, на відповідність їх нормативно-правовим актам з питань охорони праці; 3) право брати участь у розслідуванні причин нещасних випадків і профзахворювань на виробництві та давати свої висновки про них (ст. 21).

Водночас громадський контроль може бути не лише правом, а й обов'язком для його суб'єктів. Так, для певних сфер діяльності органів державної влади і для деяких громадських організацій, нормативно-правовими актами надано право обов'язкового контролю. Таке повноваження, як правило, надається громадським організаціям або у зв'язку з особливим значенням у громадянському суспільстві виконуваних ними функцій для захисту інтересів громадян, або, якщо контроль з боку громадських організацій є більш ефективним, ніж контроль органів державної влади. Це безпосередньо стосується професійних спілок.

До другої групи законів, які регламентують певну сферу суспільного життя та надають громадським організаціям низку прав, що уможливлюють їх участь у здійсненні громадського контролю, зокрема, належать: закони України «Про національну безпеку України", «Про звернення громадян», «Про інформацію», «Про запобігання корупції», «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» та ін. Незважаючи на те, що в Україні діє доволі розгалужена система таких законів, скласти загальне уявлення про неї вкрай важко. Передусім тому, що дане питання регламентується окремими статтями, які є подекуди недосконалими та мають змістовні недоліки. Для прикладу, у Законі України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р. тільки вказується, що громадський контроль за додержанням вимог законодавства у сфері захисту суспільної моралі здійснюють творчі спілки, які діють у сфері культури та мистецтва, журналістики. При цьому держава забезпечує його фінансову підтримку (ст. 15)[10]. Доволі неконкретизований підхід щодо здійснення громадського контролю містить і Закон України «Про охорону археологічної спадщини» від 18 березня 2004 р., у якому визначено, що громадські організації здійснюють громадський контроль за станом збереження, використанням, консервацією та музеєфікацією пам'яток археології (ст. 13.)[11]. Але, на жаль, наведений закон не врегульовує процедур його проведення в окремих формах.

Не є винятком і Закон України «Про інформацію» від 02 жовтня 1992 р., в якому закріплено лише норму, яка визначає, що право на інформацію забезпечується здійсненням громадського контролю за додержанням законодавства про інформацію (ч. 1 ст. 6)[12]. Іншими словами, дана норма носить незавершений характер. При цьому рівень інформаційної прозорості діяльності органів державної влади є недостатнім – поширеною є практика ігнорування ними звернень з боку об'єднань громадян, також далеко не на кожен інформаційний запит надається відповідь.

Відсутня адекватна база нормативного врегулювання відносин, що пов'язані з громадським контролем у сфері виконання покарань, і в Кримінально-виконавчому кодексі України від 11 липня 2003 року. Для прикладу, у ст. 25 цього Кодексу міститься положення, відповідно до якого громадські об'єднання (а отже, і громадські організації) можуть здійснювати громадський контроль за дотриманням прав засуджених під час виконання кримінальних покарань у випадках, встановлених цим Кодексом та законами України[13]. Іншими словами, законодавець допускає здійснення громадського контролю у тих випадках, які визначені наведеним Кодексом та законами України. З таким підходом, згідно з яким окремі випадки здійснення громадського контролю встановлюються іншими законами України, ми не погоджуємося, оскільки на практиці можуть виникнути труднощі, у зв'язку з неналежним визначенням цих конкретних випадків у ст. 25 названого Кодексу.

В умовах сьогодення важливим аспектом діяльності громадських організацій як суб'єктів громадського контролю є громадський контроль за виконанням законів у сфері протидії торгівлі людьми. Реалізації цього аспекту присвячена ст. 26 Закону України «Про протидію торгівлі людьми» від 20 вересня 2011 року[14]. За її змістом до компетенції громадських організацій належить: 1) надавати інформацію щодо порушення законодавства у сфері протидії торгівлі людьми та про виявлені факти торгівлі людьми і захисту осіб, які постраждали від торгівлі людьми; 2) здійснювати моніторинг стану протидії торгівлі людьми та захисту осіб, які постраждали від торгівлі людьми; 3) співпрацювати із суб'єктами, які здійснюють заходи у сфері протидії торгівлі людьми; 4) інформувати населення з питань протидії торгівлі людьми.

Аналізуючи ці визначення повноважень громадських організацій, слід зазначити, що їм бракує точності та конкретності. Так, у рамках ст. 26 Закону України «Про протидію торгівлі людьми» у загальних рисах окреслено права громадських організацій, але не встановлено чітких форматів щодо здійснення моніторингу, інформування населення, інформованості щодо порушень законодавства, механізмів співпраці (наприклад, у формі спеціально створених координаційних центрів, дорадчих рад, спеціальних органів, посад тощо) між органами державної влади і громадськими організаціями. Іншими словами, вітчизняне законодавство, що окреслює аспекти громадського контролю щодо протидії торгівлі людьми, носить декларативний характер.

В умовах військової агресії, загрози національній безпеці важливим кроком для підвищення ролі громадських організацій в здійсненні громадського контролю у сфері національної безпеки мав би стати Закон України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р.[15], яким було скасовано дію Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» від 19 червня 2003 р.[16] та оновлено термінологію й сферу дії громадського контролю. Так, у розумінні вищенаведеного Закону одним із різновидів демократичного цивільного контролю (далі – цивільного контролю) є громадський контроль. А з аналізу ч. 1 ст. 10 Закону можна зробити висновок, що громадський контроль – це участь громадян України у здійсненні цивільного контролю через громадські об'єднання, членами яких

вони є. Окремо в ст. 10 Закону регламентовано форми громадського контролю для громадських об'єднань, а отже, і для громадських організацій.

Утім, коли безпосередньо аналізувати самі форми громадського контролю, то стає зрозумілим, що вони носять інформаційно-рекомендаційний характер, тобто не мають прямих важелів впливу на об'єкт контролю.

З окресленого можна зрозуміти, що у чинне вітчизняне законодавство поступово входить поняття громадянського контролю, але, на жаль, не є достатньо визначеним. В Україні попри появу низки законопроєктів про громадський контроль наразі все ж відсутній нормативно-правовий акт, який би містив чітке визначення поняття громадського контролю, загальні засади, суб'єкти, предмет та об'єкт такого контролю, вичерпно регламентував порядок його організації та здійснення.

Окрім того, якісне вдосконалення правових засад у досліджуваній сфері можливе із врахуванням того, що Україна як член Ради Європи та держава, яка реалізує євроінтеграційну спрямованість державної політики, має керуватися її документами загальної дії щодо політичних партій та громадських організацій. Це – Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій у Європі від 05 липня 2002 р.[17]; Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно статусу неурядових організацій у Європі № CM/Rec(2007)14[18]; Кодекс належної практики щодо політичних партій, ухвалений Венеціанською Комісією 12–13 грудня 2008 р.[19] та ін.

Утім, зазначені документи, як і Конституція України, опосередковано регламентують правові засади громадського контролю, але містять положення, що впливають на його розвиток, незважаючи на те, що носять рекомендаційний характер, а відтак не є обов'язковими в застосуванні. Однак завдяки високому авторитету названих міжнародних організацій навколо таких актів формується атмосфера доцільності їх використання при вдосконаленні національного законодавства в сфері здійснення громадського контролю, зокрема з боку об'єднань громадян.

Висновки. На основі проведеного дослідження можна констатувати, що у ситуації, коли на рівні чинного законодавства України відсутня адекватна, узгоджена база нормативного врегулювання відносин, що пов'язані з діяльністю об'єднань громадян як суб'єктів громадського контролю, нема сенсу ситуативно вдосконалювати окремі закони, що регламентують ці відносини. Крім того, наявність законів, які регламентують здійснення громадського контролю в конкретних сферах державного життя, не є свідченням якісних зрушень в сфері нормативного регулювання громадського контролю. Тому абсолютно логічним кроком до утвердження в Україні інституту громадського контролю, одним із суб'єктів якого є об'єднання громадян, має стати прийняття Закону України «Про громадський контроль в Україні», який носитиме універсальний характер. Тим самим буде закладено правове підґрунтя для цілісного розуміння сутності, призначення та змісту інституту громадського контролю та його складових.

---

[1] Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. URL: zakon4.rada.gov.ua/kaws/show/254k/96-ВР

[2] Наливайко Л.Р., Савченко О.В. Теоретико-правові засади громадського контролю за діяльністю органів державної влади: монографія. Київ: Вид-во «Хай-ТекПрес», 2017. С. 157. 276 с.

[3] Про політичні партії в Україні: Закон України від 05.04.2001 р. № 2365-ІІІ. *Офіційний вісник України*. 2001. № 17. Ст. 728. С. 93.

[4] Сучасний словник іншомовним слів: близько 20 тис. слів і словосполучень / уклад.: О.І. Скопненко, Т.В. Цимбалюк. Київ: Довіра, 2006. С. 500. 789 с.

[5] Алфьоров С.М., Вітвіцький С.С. Громадський контроль в умовах формування громадянського суспільства. *Бюлетень Міністерства юстиції України.* 2014. № 1. С. 107. С. 101–108.

[6] Бучин М.А. Демократичні принципи виборів: політико-правові аспекти регулювання в Україні: монографія. Львів: Львівська політехніка, 2012. С. 128. 361 с.

[7] Алфьоров С.М., Вітвіцький С.*С.* Громадський контроль в умовах формування громадського суспільства. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 1. С. 107. С. 101–108.

[8] Про громадські об'єднання: Закон України від 22.03.2012 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2013. № 1. Ст. 1.

[9] Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності: Закон України від 15.09.1999 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 45. Ст. 397.

[10] Про захист суспільної моралі: Закон України від 20.11.2003 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 14. Ст. 192.

[11] Про охорону археологічної спадщини: Закон України від 18.03.2004 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 26. Ст. 361.

[12] Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

[13] Кримінально-виконавчий кодекс України від 11.07.2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. №№ 3–4. Ст. 21.

[14] Про протидію торгівлі людьми: Закон України від 20.09.2011 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2012. №№ 19–20. Ст. 173.

[15] Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2018. № 31. Ст. 241.

[16] Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави: Закон України від 19.06.2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 46. Ст. 366.

[17] Фундаментальні принципи щодо статусу неурядових організацій у Європі від 05.07.2002 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/Law/show/994_209

[18] Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам стосовно статусу неурядових організацій у Європі № CM/Rec(20107)14. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/Law/show/994_937

[19] Кодекс належної практики щодо політичних партій, ухвалений Венеціанською Комісією на 77 пленарній сесії (Венеція, 12–13 грудня 2008 р.). *Вибори та демократія.* 2009. № 4 (22). С. 55–120.

References:

Konstytutsiya Ukrayiny: pryynyata na p″yatiy sesiyi Verkhovnoyi Rady Ukrayiny 28.06.1996 r. URL: zakon4.rada.gov.ua/kaws/show/254k/96-VR [in Ukrainian].

Nalyvayko, L.R., Savchenko, O.V. (2017). *Teoretyko-pravovi zasady hromads'koho kontrolyu za diyal'nistyu orhaniv derzhavnoyi vlady*: monohrafiya. Kyyiv: Khay-TekPres [in Ukrainian].

Pro politychni partiyi v Ukrayini: Zakon Ukrayiny № 2365-III (2001, April 5). *Ofitsiynyy visnyk Ukrayiny.* 17. 728. 93 [in Ukrainian].

Skopnenko, O.I., Tsymbalyuk, T.V. (uklad.) (2006). Suchasnyy slovnyk inshomovnym sliv: blyz′ko 20 tys. sliv i slovospoluchen′: Kyyiv: Dovira [in Ukrainian].

Alf′orov, S.M., Vitvits′kyy, S.S. (2014). Hromads′kyy kontrol′ v umovakh formuvannya hromadyans′koho suspil′stva. *Byuleten' Ministerstva yustytsiyi Ukrayiny.* 1. 101–108. [in Ukrainian].

Buchyn, M.A. (2012). Demokratychni pryntsypy vyboriv: polityko-pravovi aspekty rehulyuvannya v Ukrayini: monohrafiya. L′viv: L′vivs′ka politekhnika [in Ukrainian].

Pro hromads′ki ob″yednannya: Zakon Ukrayiny (2012, March 22). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny.* 1. 1 [in Ukrainian].

Pro profesiyni spilky, yikh prava ta harantiyi diyal′nosti: Zakon Ukrayiny (1999, September 15). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*. 45. 397 [in Ukrainian].

Pro zakhyst suspil′noyi morali: Zakon Ukrayiny (2003, November 20). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny.* 14. 192 [in Ukrainian].

Pro okhoronu arkheolohichnoyi spadshchyny: Zakon Ukrayiny. (2004, March 18). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny.* 26. 361 [in Ukrainian].

Pro informatsiyu: Zakon Ukrayiny (1992, October 2). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny.* 1992. 48. 650 [in Ukrainian].

Kryminal′no-vykonavchyy kodeks Ukrayiny (2003, July 11*). Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny.* 3–4. 21 [in Ukrainian].

Pro protydiyu torhivli lyud′my: Zakon Ukrayiny (2011, September 20). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny.* 19–20. 173 [in Ukrainian].

Pro natsional′nu bezpeku Ukrayiny: Zakon Ukrayiny (2018, June 21). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny.* 31. 241 [in Ukrainian].

Pro demokratychnyy tsyvil′nyy kontrol′ nad Voyennoyu orhanizatsiyeyu i pravookhoronnymy orhanamy derzhavy: Zakon Ukrayiny (2003, June 19). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny.* 46. 366 [in Ukrainian].

Fundamental′ni pryntsypy shchodo statusu neuryadovykh orhanizatsiy u Yevropi vid 05.07.2002 r. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/Law/show/994_209 [in Ukrainian].

Rekomendatsiyi Komitetu Ministriv Rady Yevropy derzhavam-chlenam stosovno statusu neuryadovykh orhanizatsiy u Yevropi № CM/Rec(20107)14. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/Law/show/994_937 [in Ukrainian].

Kodeks nalezhnoyi praktyky shchodo politychnykh partiy, ukhvalenyy Venetsians′koyu Komisiyeyu na 77 plenarniy sesiyi (Venetsiya, 12–13 hrudnya 2008 r.). (2009). *Vybory ta demokratiya.* 4 (2). 55–120 [in Ukrainian].

Резюме

Гаєва Н.П. **Правові засади участі об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю.**

Стаття присвячена аналізу правових засад участі об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю. Дається характеристика Конституції та законів України, які посідають вагоме місце серед нормативно-правових актів**,** що регламентують діяльність об'єднань громадян як суб'єктів громадського контролю. Сформульовано пропозиції, спрямовані на покращення правових засад участі об'єднань громадян у здійсненні громадського контролю.

Ключові слова: об'єднання громадян**,** громадський контроль, політичні партії, громадські організації, конституція, закон.

Резюме

Гаевая Н.П. **Правовые основы участия объединений граждан в осуществлении общественного контроля.**

Статья посвящена анализу правовых основ участия объединений граждан в осуществлении общественного контроля. Дается характеристика Конституции и законов Украины, которые занимают важное место среди нормативно-правовых актов, регламентирующих деятельность объединений граждан как субъектов общественного контроля. Сформулированы предложения, направленные на улучшение правовых основ участия объединений граждан в осуществлении общественного контроля.

Ключевые слова: объединение граждан, общественный контроль, политические партии, общественные организации, конституция, закон.

Summary

Nadezhda Gayeva. **Legal principles of participation of public associations in exercising public control.**

It is established that the national system of legal acts that provide for public control by citizens' associations is branched out. The following regulatory acts include: 1) the Constitution of Ukraine; 2) laws; 3) by-laws; 4) international acts whose consent has been given by the Verkhovna Rada of Ukraine.

The central place in the hierarchical structure of normative legal acts on participation of public associations in exercising public control, as in all other institutions of national legislation, belongs to the Constitution of Ukraine.

Laws providing for public control by public associations are conditionally dividedinto two groups: 1) laws that directly regulate the activities of political parties, public organizations and their types, giving them certain rights by which they are able to exercise public control ; 2) laws that regulate a particular sphere of public life and grant public organizations a number of rights that enable them to participate in the exercise of public control.

It is proved that the existing normative legal acts create a legal framework for the implementation of public control by associations of citizens, as its subjects, only in certain spheres of state life and do not regulate its theoretical foundations. That is why the position of supplementing the Constitution of Ukraine, in particular its Art. 38 part three, according to which associations of citizens and individuals have the right to exercise public control. This will facilitate the rapid development of legal framework for public control.

It is proposed to envisage in the legislation on public organizations and political parties such activities as public control, which will make it possible to unambiguously state that associations of citizens are subjects of public control.

From the perspective of perspective legislation, it is argued: 1) the existence of laws regulating the exercise of public control in specific areas of public life, is not evidence of qualitative changes in the sphere of regulatory control of public control; 2) The adoption of the Law on Public Control in Ukraine, which is of universal nature, should be a logical step towards the establishment of a public control institute in Ukraine, one of the subjects of which is an association of citizens. This will lay the legal basis for a comprehensive understanding of the nature, designation and content of the Institute of Public Control and its constituents.

Key words: association of citizens, public control, political parties, public organizations, constitution, law.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.13

УДК 341.1

М.І. СУРЖИНСЬКИЙ

Максим Ігорович Суржинський, *кандидат юридичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*[*]

ORCID: 0000-0003-1697-1816

РОЛЬ МІЖНАРОДНОГО КОНТРОЛЮ ТА ПРАВОЗАХИСНОГО ПІДХОДУ ЄС ЗА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯМ ПРАВ ЛЮДИНИ В ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИНАХ З УКРАЇНОЮ

Постановка проблеми. Проголошення Україною курсу на європейську інтеграцію та формування в цьому контексті внутрішньої і зовнішньої політики зумовили потребу виходу на новий рівень дослідження питань, пов'язаних із забезпеченням основоположних свобод і прав людини як цінностей, на яких побудований Європейський Союз (далі – ЄС).

Незважаючи на закріплення зазначених цінностей на міжнародному рівні, зокрема в Загальній декларації прав людини ООН 1948 р.[1], Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.[2], Гельсінському заключному акті Наради з безпеки та співробітництва в Європі 1975 р.[3], Паризькій хартії для нової Європи 1990 р.[4], ЄС пішов ще далі і зробив їх елементом своєї зовнішньої політики. Підписання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію)[5] як найбільш масштабного міжнародного документа, який будь-коли укладала Україна, підносить на новий рівень співробітництво між ними і стосується, без перебільшення, кожної сфери нашого життя. Однією з таких сфер є забезпечення прав людини, що засвідчує актуальність досліджуваного питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематиці становлення договірно-правових відносин між Україною та Європейським Союзом присвятили свої дослідження вітчизняні та зарубіжні вчені, а саме: К. Гайліон, К. Волчук, О. Дем'янчук, О. Ковальова, Я. Костюченко, А. Леденьова, Я. Малик, Г. Мелоні, М. Микієвич, В. Муравйова, К. Рагуліна, Т. Сидорук, О. Сушко, Р. Філоненко, Дж. Шерр та ряд інших. Однак, незважаючи на наявні наукові результати, особливо після підписання Угоди про асоціацію, проблематика міжнародного контролю та правозахисного підходу ЄС за забезпеченням прав людини в договірних відносинах з Україною потребує подальшого дослідження.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, метою даної статті є дослідження ролі міжнародного контролю та правозахисного підходу ЄС за забезпеченням прав людини в договірних відносинах з Україною.

Виклад основного матеріалу. Визначення провідної ролі цінностей у досліджуваній сфері як передумови для подальшого розвитку міждержавних відносин ЄС із іншими країнами вперше було впроваджено на інституційному рівні у 2014 р. Європейською комісією з прийняттям Робочого документа: «Інструкція із застосування правозахисного підходу (англ. Rights-based approach), орієнтованого на захист прав людини, при здійсненні співробітництва ЄС»[6].

Прийняття такої Інструкції було зумовлене цілою низкою факторів як політичних, так і соціоекономічних, що палко підтримувалися громадянським суспільством ЄС. Затвердивши у 2012 р. Порядок денний змін (англ. Agenda for Change)[7] і Стратегічний план Європейського Союзу щодо прав людини та демократії (англ.

© М.І. Суржинський, 2019

[*] ***Maksym Surzhynskyi,*** *Ph.D. in Law, Research Fellow of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Strategic Framework on Human Rights and Democracy)[8], Європейський Союз зобов'язався інтегрувати правозахисний підхід у свою зовнішню політику. З цією метою Європейська Комісія спільно з Європейською службою зовнішніх справ (англ. European External Action Service) отримали повноваження розробити зазначену Інструкцію.

Фінальна редакція Інструкції складається з чотирьох частин:

– Частина 1 описує суть правозахисного підходу, висвітлює основні поняття та їх обґрунтування, роз'яснює спірні питання правозастосування, дає посилання на пов'язані юридичні акти та відповідні зобов'язання партнерів ЄС;

– Частина 2 роз'яснює, як системно застосовувати правозахисний підхід при здійсненні співробітництва ЄС, які цілі ставити, які принципи застосовувати в роботі і як інтегрувати правозахисний підхід у впровадження програм та різних фаз проєктів ЄС;

– Частина 3 та Частина 4 містять контрольний список (англ. Check List), який повинен бути складений для оцінки проєктів співпраці, перелік заходів підтримки із впровадження цього нового підходу та приклади кращих практик, надані партнерами, які вже офіційно адаптували правозахисний підхід.

Подальша інтеграція принципів забезпечення прав людини в оперативну діяльність ЄС знайшла своє закріплення в Європейському консенсусі з питань розвитку (2017 р.)[9], який є спільним баченням та основою дій для співробітництва в галузі розвитку ЄС і держав-членів ЄС та узгоджує політику ЄС з Порядком денним цілей сталого розвитку ООН до 2030 року[10]. Європейський консенсус з питань розвитку зобов'язує ЄС та держави-члени ЄС використовувати правозахисний підхід у здійсненні міжнародної співпраці.

Застосування правозахисного підходу означає, що ЄС та держави-члени ЄС поглиблюватимуть співробітництво лише з тими країнами, які у своїй зовнішній та внутрішній політиці сповідують повагу до демократичних принципів, прав людини та основоположних свобод. Тобто до принципів, які є спільними цінностями ЄС. Адже правозахисний підхід розглядає принципи та стандарти захисту прав людини і як засіб, і як мету співпраці з розвитку. Водночас правозахисний підхід має: 1) доповнювати аналітичний підхід, що використовується при оцінці проєктів міжнародної співпраці, та 2) інтегрувати найновіші досягнення у забезпеченні прав людини. Таким чином, всі програми та пов'язані з ними заходи співпраці з розвитку, що реалізуються ЄС, повинні бути спрямовані на конкретний та безпосередній внесок у реалізацію прав людини.

Підписавши 21 березня 2014 р. політичну частину, а 27 червня 2014 р. – економічну частину Угоди про асоціацію, сторони визначили, що успіх політичної асоціації та економічної інтеграції України з ЄС залежатиме від прогресу в імплементації цієї Угоди, а також від досягнень України в забезпеченні поваги до спільних цінностей ЄС та їх належної імплементації. Преамбула Угоди серед переліку таких цінностей виділяє «повагу до прав людини і основоположних свобод». Елементи правозахисного підходу також знайшли своє відображення і в інших положеннях Угоди, що регулюють цілу низку сфер, зокрема:

– однією з цілей асоціації визначено необхідність посилювати співробітництво у сфері юстиції, свободи та безпеки з метою забезпечення верховенства права та поваги до прав людини і основоположних свобод (п. «е» ст. 1);

– загальними принципами асоціації та основою внутрішньої і зовнішньої політики сторін Угоди визнано повагу до прав людини та основоположних свобод, демократичних принципів, а також повагу до принципу верховенства права (ст. 2);

– цілями політичного діалогу в рамках Угоди зазначено необхідність зміцнення поваги до прав людини та основоположних свобод, у тому числі прав осіб, які належать до національних меншин, недискримінації осіб, які належать до меншин, і поваги до різноманітності, а також внесок у консолідацію внутрішніх політичних реформ (п. 2 ст. 4);

– діалог і співробітництво з питань внутрішніх реформ має ґрунтувалася на спільних для сторін Угоди принципах, зокрема таких, як повага до прав людини і основоположних свобод, стабільність і дієвість демократичних інституцій, верховенство права (ст. 6);

– співробітництво на двосторонньому, регіональному та міжнародному рівнях з метою запобігання та боротьби з тероризмом має здійснюватися відповідно до міжнародного права, міжнародних норм у сфері прав людини, а також відповідно до гуманітарного права та норм права, що регулюють статус біженців (ст. 13);

– співробітництво у сфері юстиції, свободи та безпеки має відбуватися на основі принципу поваги до прав людини та основоположних свобод. У рамках такого співробітництва сторони Угоди надають особливого значення утвердженню верховенства права та зміцненню інституцій усіх рівнів у сфері управління загалом та правоохоронних і судових органів зокрема (ст. 14);

– кожна сторона Угоди має вживати адекватних спеціальних заходів з метою захисту основоположних прав і свобод людини, зокрема у зв'язку з передачею персональних даних (п. 2 ст. 129);

– сторони мають розвивати співробітництво в галузі охорони здоров'я з метою підвищення рівня його безпеки та захисту здоров'я людини як передумови сталого розвитку та економічного зростання (ст. 426).

Отже, за наслідками підписання Угоди про асоціацію Україна заявила про взаємну повагу до спільних цінностей ЄС, зокрема тих, що стосуються забезпечення прав людини і основоположних свобод, та зобов'язалася їх належним чином інтегрувати у свою зовнішню й внутрішню політику. З цією метою було прийнято Національну стратегію у сфері прав людини[11] (далі – Стратегія), а також низку нормативно-правових актів на її виконання: План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року[12], План заходів Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини з реалізації Національної

стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року[13], а також Методологію та методику проведення моніторингу реалізації Національної стратегії у сфері прав людини до 2020 року та плану дій з її реалізації[14].

Як визначено в самій Стратегії, окрім зобов'язань перед ЄС її затвердження також зумовлено необхідністю вдосконалення діяльності держави щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини, створення дієвого механізму захисту в Україні прав і свобод людини, вирішення системних проблем у зазначеній сфері.

Зважаючи на цей факт, Стратегія спрямована на об'єднання суспільства довкола розуміння цінності прав і свобод людини, які захищаються на основі принципу рівності та недискримінації. Вона зосереджена на вирішенні основних системних проблем у сфері захисту прав і свобод людини та нових викликах суспільства, але не вичерпує повністю проблематику в зазначеній сфері. Закріплює, що удосконалення системи захисту прав і свобод людини має здійснюватися з урахуванням як вітчизняного досвіду, так і напрацьованих та апробованих міжнародною спільнотою засад і принципів.

З огляду на зазначене вище метою реалізації Стратегії було визначено забезпечення пріоритетності прав і свобод людини як визначального чинника під час формування державної політики, прийняття рішень органами державної влади та органами місцевого самоврядування. А результатом виконання Стратегії має стати запровадження системного підходу до виконання завдань та забезпечення узгодженості дій органів державної влади й органів місцевого самоврядування у сфері прав і свобод людини, створення в Україні ефективного (доступного, зрозумілого, передбачуваного) механізму реалізації та захисту прав і свобод людини.

Основні напрями розбудови державної політики в рамках Стратегії можна умовно поділити на декілька блоків:

1) особисті (громадянські) права, куди входить забезпечення належних гарантій захисту права на життя та наявність правових засобів захисту і механізмів ефективного розслідування порушень права на життя;

2) політичні права: забезпечення свободи думки і слова, вираження поглядів і переконань, доступу до інформації та вільного розвитку особистості, забезпечення реалізації права на свободу мирних зібрань та права на свободу об'єднань;

3) соціальні, економічні та інші права: забезпечення права на працю та соціальний захист, створення можливостей для забезпечення достатнього життєвого рівня та належного соціального захисту громадян;

4) попередження і протидія дискримінації, гендерна рівність: протидія гендерному насильству, торгівлі людьми та рабству, створення ефективної системи протидії усім формам гендерного насильства, торгівлі людьми та рабства, надання якісної допомоги жертвам;

5) «нові виклики»: забезпечення створення належних умов для реалізації та захисту прав і свобод учасників бойових дій, внутрішньо переміщених осіб; ужиття необхідних заходів для захисту прав осіб, які проживають на тимчасово окупованій території України; забезпечення прав громадян України, які проживають у населених пунктах Донецької і Луганської областей, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють або здійснюють не в повному обсязі свої повноваження; звільнення заручників та забезпечення їх реабілітації.

Відповідно до положень національної Стратегії моніторинг та контроль за її виконанням забезпечується спільними діями державних органів, інститутів громадянського суспільства, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за підтримки Організації Об'єднаних Націй, Ради Європи, Організації з безпеки і співробітництва в Європі та інших зацікавлених міжнародних організацій.

Для здійснення моніторингу реалізації Стратегії Президентом України та Кабінетом Міністрів України можуть утворюватися відповідні допоміжні органи, до складу яких можуть залучатися в установленому порядку представники державних органів, інститутів громадянського суспільства, представницьких органів корінних народів, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, міжнародних організацій, народні депутати України, науковці та інші фахівці. Контроль за реалізацією Стратегії та плану дій здійснюється відповідно до наявних національного та міжнародного механізмів.

Оцінка ефективності реалізації Стратегії ґрунтується на результатах виконання плану дій, позиції України у міжнародних рейтингах, результатах моніторингу України з боку міжнародних організацій, соціологічних дослідженнях, опитуваннях громадської думки.

Наскільки вдало Україна використовує створені нею правові механізми із забезпечення прав людини та оцінює свої успіхи можна частково побачити зі Звіту за 2019 р. щодо виконання плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 р.[15], який оприлюднило Міністерство юстиції 01 листопада 2019 року. Хоча звіт і доволі місткий (біля 400 сторінок), але з нього видно, що попри закінчення строку дії Стратегії у 2020 р. багато заходів ще не виконано або знаходяться в стадії виконання. Більше того, частину з них взагалі неможливо виконати, про що Уряд безпосередньо вказав у документі, як-от ряд заходів із «додержання принципів ідеологічної багатоманітності, впровадження інформаційної політики захисту і протидії інформаційній війні, недопущення мови ворожнечі», «забезпечення свободи діяльності засобів масової інформації, що включає, зокрема, свободу редакційної політики, прозорість інформації стосовно власності і джерел фінансування засобів масової інформації, захист професійної діяльності та безпеку журналістів», «створення дієвої системи соціальної, зокрема психологічної, реабілітації звільнених осіб та членів їх сімей», «надання соціального житла біженцям та особам, які потребують додаткового захисту» та ін.

Тому, незважаючи на формальне закріплення політики України із забезпечення прав людини, особливої важливості набуває її дієва реалізація на практиці, зокрема, шляхом консолідації зусиль з ЄС у наступних питаннях:

– стримування подальшого погіршення ситуації з правами людини на Кримському півострові, у тому числі загострення ситуації з кримськими татарами, після незаконної анексії півострову Російською Федерацією;

– порушення та зловживання у сфері прав людини на непідконтрольних Україні територіях Донецької та Луганської областей;

– звільнення незаконно затриманих громадян України на Кримському півострові та тих, які були примусово вивезені до Росії;

– створення ефективної системи допомоги особам, які постраждали внаслідок військового конфлікту;

– формування дієвих механізмів протистояння пропаганді та дезінформації, як проявам гібридної війни з боку Російської Федерації.

Окрім політичної співпраці ЄС також здійснює і фінансову підтримку заходів з метою забезпечення прав людини. Так у 2018 р. ЄС продовжував підтримувати реалізацію пріоритетів Національної стратегії України у сфері прав людини. Зокрема, він розширив свою фінансову та технічну допомогу українському громадянському суспільству та захисникам прав людини, підтримуючи їхню роботу з питань політичних, громадянських, економічних, соціальних та культурних прав та демократизації.

ЄС завдяки своїй безпосередній участі у процесах розбудови інституційної структури із забезпечення прав людини та основоположних свобод паралельно здійснює і контроль за станом їх дотримання в Україні. Виявлені проблемні питання, залежно від їх суті, стають предметом: 1) політичного діалогу між ЄС та Україною або 2) судового розгляду у Європейському суді з прав людини.

Водночас в Угоді про асоціацію сторони погодили і механізм моніторингу як безперервної оцінки прогресу у виконанні і впровадженні всіх заходів, які охоплюються Угодою про асоціацію. Моніторинг включає оцінку наближення законодавства України до права ЄС, в тому числі аспекти виконання та впровадження взятих на себе зобов'язань щодо забезпечення прав людини. Сторони можуть здійснювати цю оцінку індивідуально або, у разі згоди, спільно. Процес звітності та оцінки враховує конкретні методи, визначені в Угоді про асоціацію, або рішення інституційних органів, створених відповідно до Угоди про асоціацію. Такий моніторинг може включати роботу місій з перевірки на місцях за участю інститутів ЄС, органів і агентств, неурядових організацій, наглядових органів, незалежних експертів та, за необхідності, інших. Результати заходів з моніторингу обговорюються у всіх органах, створених відповідно до Угоди про асоціацію. Такі органи можуть приймати одностайно погоджені спільні рекомендації, які надаються Раді асоціації.

Втім, як показує практика, ЄС не завжди обмежується використанням вищезазначених заходів для здійснення політичного діалогу. Так, доволі дієвим інструментом виявилися і поодинокі заяви, круглі столи, дослідження, журналістські або експертні розслідування, які проводяться за підтримки представників ЄС та їх партнерів з метою справляння публічного тиску на державну владу України з тих чи інших питань забезпечення прав людини і основоположних свобод.

Право на звернення до Європейського суду з прав людини є іншим дієвим інструментом одночасно контролю та забезпечення прав людини і основоположних свобод. Право на індивідуальне звернення до Суду справедливо вважається відмінною рисою і основним досягненням Європейської Конвенції про захист прав людини.

Враховуючи все вищенаведене та оцінюючи поточний прогрес України у виконанні Угоди про асоціацію з ЄС та успіхи в імплементації правозахисного підходу[16], вважаємо, що на даному етапі буде доречним говорити не про необхідність внесення поодиноких змін до тих чи інших нормативно-правових актів, а про створення системи передумов у ключових секторах української правової системи для інтеграції правозахисного підходу в цілому. Це: 1) децентралізація та місцеве самоврядування; 2) гармонізація виборчого законодавства шляхом його кодифікації; 3) реформа державного управління; 4) реформування системи юстиції та ратифікація Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Зазначені передумови мають сприяти становленню демократичного ладу в державі на такому рівні, який дасть змогу забезпечити реалізацію прав людини та основоположних свобод відповідно до найкращих практик ЄС.

Висновки. Підписавши Угоду про асоціацію, Україна заявила про взаємну повагу до спільних цінностей ЄС, зокрема тих, що стосуються забезпечення прав людини і основоположних свобод, та зобов'язалася їх належним чином інтегрувати у свою зовнішню та внутрішню політику. Проте не маючи міцних демократичних традицій, стабільної правової системи та реального розуміння важливості зазначених цінностей для розбудови держави, права людини та основоположні свободи забезпечуватимуться лише тоді, коли не тільки окремі закони, а й уся політична система держави буде сформована навколо їх дотримання. Саме тому проведення ключових реформ має обов'язково відбуватися із інтеграцією до їх змісту спільних цінностей вже не тільки ЄС, а й України зокрема.

---

[1] Загальна декларація прав людини: Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 р. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. С. 89. Ст. 3103.

[2] Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004/ed19900101

[3] Заключний акт Наради з безпеки та співробітництва в Європі від 01.08.1975 р. *Офіційний вісник України*. 2005. № 4. С. 403. Ст. 266.

[4] Паризька хартія для нової Європи від 21.11.1990 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_058

[5] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011

[6] A Rights-Based Approach, encompassing all human rights for EU development cooperation - Tool-Box, Commission Staff Working Document dated 29 April, 2014. URL: https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/online_170621_eidhr_rba_toolbox_en_a5_lc_0.pdf

[7] Council conclusions 'Increasing the Impact of EU Development Policy: an Agenda for Change', 3166th Foreign Affairs Council meeting. Brussels, 14 May 2012. URL: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/130243.pdf

[8] Council conclusions on Human Rights and Democracy, 3179th Foreign Affairs Council meeting. Luxembourg. 25 June 2012. URL: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/131171.pdf; EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy, Council of the European Union. Luxembourg. 25 June 2012. URL: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/131181.pdf

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.14
УДК 340.115

Є.В. ЧЕРНЯК

Євгенія Валеріївна Черняк, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]
ORCID: 0000-0002-3524-3024

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ОХОРОНИ КОНСТИТУЦІЇ ЯК ЕЛЕМЕНТУ СИСТЕМИ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Якість здійснення науково-дослідницької діяльності має прямий зв'язок з рівнем оволодіння системою методологічних і методичних знань. У XXI ст. в умовах збільшення наукової інформації, під впливом інтенсивного розвитку науки і її методів має місце процес «інноваційності методології» або «методологічних новацій», який чекає наукового осмислення. Підтвердженням даного факту є внесення до переліку основних напрямів розвитку правової науки на 2016–2020 рр. питань світоглядно-методологічних проблем реформування правової системи України та розвитку міждисциплінарних досліджень[1]. Головним призначенням методологічних новацій є пошук принципово нових способів вирішення давно існуючих проблем.

Метою даної **статті** є пошук зв'язків між застосуванням основних світоглядних методологічних принципів у конституційно-правовому дослідженні інституту охорони Конституції як елементу системи сучасного конституційного права України та наступними методологічними новаціями: 1) пояснення сутності методології наукового пізнання охорони Конституції як явища правової дійсності та інституту системи конституційного права не тільки як сукупності методів її дослідження, а й як інструмента збільшення нового знання; 2) постпозитивістська методологія дослідження проблем правової охорони Конституції; 3) модернізаційні методики як додаток до вже існуючих науково-теоретичних підходів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Методологія дослідження охорони Конституції як явища правової дійсності базується на вихідних теоретичних положеннях, що мають методологічне значення, а саме: про соціальне призначення держави; про визначення стану суспільства характером взаємодії держави та особи; про верховенство, пріоритет прав людини як не лише якісної характеристики правової держави, а й мети її діяльності; на вченнях про народний суверенітет, громадянське суспільство, правову державу, принципи верховенства права та верховенства Конституції; про природу судової влади та принцип розподілу державної влади тощо. З цих міркувань врахування теоретичних праць визначних представників філософської думки минулого є виправданим: Т. Гобса, Г. Гроція, А. Дайсі, С. Дністрянського, Г. Еллінека, І. Канта, Г. Кельзена, Ф. Лассаля, Дж. Локка, Ш.-Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, Е. Сійєса, А. Токвіля та ін.

Слід відзначити вагомий внесок у дослідження методології правничої науки та зокрема науки конституційного права вітчизняних та зарубіжних учених: М.В. Афанасьєвої, Н.А. Богданової, О.Г. Данильяна, О.П. Дзьобаня, М.І. Козюбри, А.М. Колодія, В.В. Маклакова, М.М. Марченка, В.Ф. Мелащенка, Н.М. Пархоменко, О.В. Петришина, В.Ф. Погорілка, П.М. Рабіновича, О.Ф. Скакун, І.Д. Сліденка, Ю.М. Тодики, О.О. Троіцької, В.Л. Федоренка, В.Є. Чіркіна та ін.

Серед останніх наукових публікацій, присвячених методології сучасних конституційно-правових досліджень в Україні, слід виокремити праці В.Л. Федоренка «Методологія сучасних конституційно-правових досліджень в Україні: наук. доповідь» (Київ, 2015 р.) та О.Г. Данильяна, О.П. Дзьобаня «Методологія наукових досліджень: підручник» (Харків, 2019 р.). Наукові праці наведених авторів становлять вагому дослідницьку базу, оскільки висвітлюють теоретичні засади методології науково-дослідної діяльності та конституційно-правових досліджень. Разом із тим актуальними залишаються дослідження щодо впровадження запропонованих вченими інноваційних (приведених у відповідність до сучасного стану розвитку галузі конституційного права України) підходів у наукові дослідження, присвячені окремим інститутам сучасного конституційного права.

Виклад основного матеріалу. Ще на початку XX ст. відомий німецький учений-юрист Г. Еллінек писав, що «будь-яке дослідження основних явищ державного і правового життя для того, аби стати плідним, має починатися зі встановлення методологічних принципів на основі результатів новітніх розвідок у сфері теорії пізнання і логіки»[2]. Безвідносно до конкретної галузі знань і навчальної дисципліни методом є прийом чи спосіб вивчення дійсності і отримання про неї об'єктивних знань.

Значення «методу наукового пізнання» у вітчизняній літературі суттєво не відрізняється від його розуміння у зарубіжній літературі. Так, у широко відомому на Заході словнику Вебстера, наприклад, метод визна-

© Є.В. Черняк, 2019

[*] ***Ievgeniia Cherniak,*** *Ph.D in Law, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

чається як «шлях досягнення якої-небудь цілі»; як «засіб, процес; процедура» вирішення якого-небудь питання і т.п.[3]. У підручнику О.Г. Данильяна та О.П. Дзьобаня «Методологія наукових досліджень» сутність методу наукового пізнання сформульована як процедура отримання знань, за допомогою якої їх можна відтворити, перевірити й передати іншим людям[4].

Сучасна система методів наукового пізнання відзначається високим рівнем складності та диференційованістю, що дає змогу здійснити їх класифікацію за різними підставами та критеріями: за типом знання – філософські, загальнонаукові та конкретно-наукові методи; за рівнем знання – теоретичні й емпіричні методи; за способом реалізації – інтуїтивні й наукові методи; за виконуваними функціями – методи отримання інформації, методи аналізу інформації й методи подання інформації; за формами представлення знання – якісні й кількісні методи і т.д.

Виходячи з того, що в конституційному праві, як і в межах будь-якої іншої навчальної дисципліни, застосовується не один, а декілька методів пізнання досліджуваної матерії, логічним є використання не одиничного методу наукового пізнання, а сукупності методів, їх системи – методології.

Як конкретні методи, так і методологія в цілому зумовлені насамперед предметом самої науки. Це об'єктивний фактор. Але, як слушно зазначав М.М. Марченко, важливу роль відіграє і суб'єктивний фактор, а саме: можливість і здатність дослідника напрацьовувати нові або ж на свій вибір використовувати старі, найбільш ефективні методи вивчення матерії[5].

Варто підкреслити важливе значення для пізнання конституційно-правових явищ теоретико-методологічного інструментарію, який формує конституційне праворозуміння. Наразі поряд із найбільш поширеними типами конституційного праворозуміння – природно-правовим та позитивістським, у науці конституційного права України утверджується новий тип – постпозитивістський. Постпозитивістський тип праворозуміння є системою знань та ідей про пізнання конституційних явищ і процесів з точки зору пріоритетності їх аналізу, виявлення походження та змісту над оціночними характеристиками і допускає множинність альтернативних стратегій пізнання відповідних явищ та процесів із активним використанням здобутків інших типів праворозуміння[6].

У науковій літературі пропонуються різні, хоча й споріднені дефініції методології конституційно-правових досліджень. Так, В.Ф. Мелащенко визначав методологію конституційно-правової науки як вчення про методи пізнання, теоретичне обґрунтування використовуваних у науці методів та способів пізнання конституційно-правової діяльності, теорія методів, сукупність певних теоретичних принципів, логічних прийомів і конкретних способів дослідження конституційно-правових явищ; система певних теорій, гносеологічних та онтологічних принципів, законів, категорій, які опосередковують загальні властивості та зв'язки буття і наукового пізнання[7].

Схожої точки зору дотримувався вчений – представник Харківської школи права Ю.М. Тодика, вважаючи, що методологія відповідної юридичної науки є вченням про методи пізнання конституційно-правових реалій, теоретичне обґрунтування методів і способів пізнання цих реалій[8].

Вченими В.Ф. Погорілком та В.Л. Федоренком методологія сучасної науки конституційного права розкривається як комплексне світоглядне, філософсько-правове вчення про принципи і методи, які використовуються в цій юридичній науці для пізнання юридичних якостей і властивостей об'єкта відповідних наукових досліджень[9].

До таких об'єктів В.Л. Федоренко відносить сучасний український конституціоналізм, проблеми теорії і практики конституційного права та Конституції України[10].

Первинним рівнем методології дослідження сучасного українського конституціоналізму та його базисного елементу – охорони конституції, як і інших явищ конституційного буття, є світоглядні принципи. Основними принципами, які відображають сутність, зміст та особливості постпозитивістської методології дослідження проблем системи сучасного конституційного права Україні в цілому та правової охорони Конституції зокрема, є принципи деідеологізації та свободи наукових досліджень, всебічності, системності, діалектичності, історизму, детермінізму, герменевтики, феноменології, формальної логіки, об'єктивності, універсальності тощо.

Принцип *деідеологізації* досліджень є вимогою Конституції України, відповідно до ст. 15 якої: «Суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності. Жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова»[11]. Абсолютно виправданою є позиція вченого В.Л. Федоренка щодо втілення конституційного принципу плюралізму в конституційно-правовій науці та освіті в Україні через дослідження актуальних проблем конституціоналізму, конституційного права, Конституції України, конституційної правотворчої та правозастосовної діяльності з різних філософсько-світоглядних позицій у поєднанні зі ще одним світоглядним принципом – свободи наукової діяльності[12]. Пріоритетністю має слугувати істинність результату дослідження, підтверджена конституційною практикою.

Слід враховувати, що принцип деідеологізації дослідження проблем сучасного конституційного права України не виключає існування конкурентоспроможної національної державної правової ідеології, що є заснованим на положеннях Конституції та законів України цілеспрямованим впливом із боку держави та її органів на розвиток суспільно-правових і державно-правових відносин на основі цілісної та науково обґрунтованої програми конкретних дій щодо розвитку і вдосконалення правової системи з метою забезпечення прав та свобод людини, утвердження верховенства права і демократії, гарантування інститутів безпосеред-

ньої демократії, оптимізації системи організації та функціонування органів державної влади і місцевого самоврядування, сприяння розвитку громадянського суспільства[13].

Так, Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015 була затверджена Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», метою якої проголошено впровадження в Україні європейських стандартів життя та вихід України на провідні позиції у світі. Задля досягнення цієї мети Стратегією було визначено чотири вектори – розвитку, безпеки, відповідальності та гордості. У рамках названих чотирьох векторів Стратегія передбачає реалізацію 62 реформ та програм розвитку держави. Зокрема, серед першочергових пріоритетів реалізації Стратегії за вектором відповідальності було визначено конституційну реформу[14].

Указом Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015 затверджена національна Стратегія у сфері прав людини, метою якої є забезпечення пріоритетності прав і свобод людини як визначального чинника під час визначення державної політики, прийняття рішень органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Результатом її виконання має стати запровадження системного підходу до виконання завдань та забезпечення узгодженості дій органів державної влади та органів місцевого самоврядування у сфері прав і свобод людини, створення в Україні ефективного (доступного, зрозумілого, передбачуваного) механізму реалізації та захисту прав і свобод людини[15].

На виконання Закону України «Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки» від 9 вересня 2010 р. № 2519-VI на загальних зборах Національної академії правових наук України, що відбулися 3 березня 2016 р., були затверджені пріоритетні напрями розвитку правової науки на 2016–2020 роки[16]. Серед них визначено, зокрема: правові механізми забезпечення і захисту прав та свобод людини; проблеми формування національної правової системи України та її адаптація до європейського права; правове забезпечення державного будівництва і розвитку політичної системи; правові основи територіальної організації влади та місцевого самоврядування в Україні та напрями їх вдосконалення та ін.[17]. У тематичному блоці «Правове забезпечення державного будівництва та розвитку політичної системи» однією із пріоритетних тем визначено конституційно-правову реформу в Україні на сучасному етапі.

Стратегією національної безпеки України, затвердженою Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287, передбачено реалізацію до 2020 р. визначених нею пріоритетів державної політики національної безпеки, а також реформ, окреслених в Угоді про асоціацію між Україною та ЄС, ратифікованою Законом України від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII, і Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», схваленою Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5[18].

З метою уникнення одномірності пізнання конституційно-правової реальності доцільно при вивченні явища правової охорони Конституції застосовувати принцип *всебічності* наукового дослідження. Завдяки даному принципу охорона конституції як явище правової дійсності, а також процеси, пов'язані із її реалізацією на практиці, досліджуються не самі по собі, а як складові конституціоналізму, системи чинного конституційного законодавства та системи конституційно-правової діяльності (правотворчої та правозастосовної, разом із правозахисною та правоінтерпретаційною).

Важливе значення для здійснення конституційно-правового дослідження має принцип *системності*, завдяки якому більшість явищ конституційного буття розкриваються як взаємопов'язані системи. Конституційно-правове дослідження охорони Конституції України передбачає виділення та аналіз складових елементів системи охорони Конституції, а також характеру правових зв'язків між ними. Дану систему становлять правові та організаційні інститути охорони Конституції. Є підстави віднести до правових інститутів охорони Конституції наступні види: прийняття та набуття чинності Конституцією, верховенства Конституції, внесення змін до Конституції, припинення чинності Конституції. Організаційні інститути за своєю сутністю розкривають суб'єктний склад системи правової охорони Конституції та включають: народ як суб'єкт охорони Конституції, парламент, главу держави, органи виконавчої влади, судову владу, органи конституційного контролю та інститут громадянського суспільства. Усі перераховані інститути становлять систему правової охорони Конституції, яка є складовою системи конституціоналізму, а остання в свою чергу входить до більш комплексної системи – системи конституційного права як галузі права. Застосування принципу системності дає змогу дослідити не лише якісні характеристики складових систем, а й правові зв'язки між ними, які зрештою і формують із сукупності певних елементів систему.

Діалектичні методологічні принципи уможливлюють пізнання і розуміння витоків, генезису охорони Конституції, причинно-наслідкових взаємозв'язків між різними явищами конституційно-правової реальності, що виникають в процесі реалізації засобів охорони Конституції. Застосування діалектичного принципу допомагає розглядати Конституцію як «живу», динамічну категорію.

Діалектичні методологічні принципи мають бути переосмислені в межах постпозитивістської методології конституційно-правових досліджень. Адже, як зазначає В.Л. Федоренко, характеризуються неоднозначною історією їх застосування в радянській науці[19]. У межах останньої використовувались матеріалістичні принципи марксистсько-ленінської філософії та піддавались критиці будь-які нематеріалістичні концепції і теорії пізнання правових реалій. До появи доктрини марксизму-ленінізму діалектика ототожнювалася з усіма науковими методами, була критерієм відокремлення науки від звичайного споглядання чи науково подібних манер сприйняття дійсності[20].

Застосування принципу *історизму* в конституційно-правових дослідженнях інституту охорони Конституції передбачає: 1) дослідження становлення та розвитку наукової думки щодо правової охорони Конституції, у тому числі з врахуванням генезису світового і передусім європейського конституціоналізму; 2) дослід-

ження фактичного розвитку цього явища. Застосування принципу історизму при пізнанні правової охорони Конституції дає можливість отримати відповіді на питання про причини необхідності забезпечення Конституції засобами її правової охорони, умови розвитку засобів охорони Конституції на сучасному етапі та в минулому, про основні перспективи і тенденції їх еволюції в майбутньому.

Принцип історизму тісно пов'язаний з іншими методологічними принципами пізнання конституційно-правової реальності, зокрема, з принципом *детермінізму*. Серед різноманітних форм детермінації, що відбивають універсальний взаємозв'язок і взаємодію явищ у навколишньому світі, особливо цінною для конституційно-правових досліджень є причинно-наслідкова, чи каузальна (від лат. causa – причина). Причина виступає найважливішим елементом системи факторів, що детермінують. Крім причинно-наслідкових зв'язків при дослідженні можуть бути виявлені й інші види детермінації (функціональні зв'язки, зв'язок станів, цільова детермінація і т.д.). Так, наприклад, однією із сучасних тенденцій є розгляд процесу «конституціоналізації» як ефективного засобу механізму правового забезпечення Конституції. Завдяки принципу детермінації конституціоналізацію слід досліджувати як наслідок реагування правової системи (центром якої є конституція) на зміни реально існуючих економічних, соціальних, політичних та духовних умов життя суспільства. У свою чергу, наслідком конституціоналізації слід вважати своєчасний та адекватний соціальним трансформаціям розвиток механізму конституційно-правового регулювання, тобто реалізації положень Основного Закону з метою модернізації суспільних відносин.

Спорідненим із принципом детермінізму є *герменевтичний методологічний принцип*, який обов'язково має бути використаний дослідником інституту правової охорони Конституції, зокрема, при дослідженні тлумачення Конституції як засобу її правової охорони, оскільки допомагає усвідомити зміст Конституції та інших джерел конституційного права України, розмежувати тлумачення букви і духу Конституції України.

Принцип *феноменології* дає змогу уявити досліджуваний предмет як певний правовий феномен та в поєднанні з моральними принципами і цінностями, правовою спадщиною, принципами гуманізму тощо зумовлює децентралізацію права, зближення природного й позитивного права[21].

Феноменологія інституту правової охорони Конституції є очевидною. Одним із феноменів національної доктрини правової охорони Конституції слід вважати ідеї, які відображають державотворчі прагнення українського народу та які були закладені в конституційних проєктах представників вітчизняної політико-правової думки С. Дністрянського, О. Ейхельмана та П. Чижевського. Цінність зазначених документів у тому, що в них не лише використано власні політичні концепції авторів, а й враховано досвід державного будівництва інших країн. Крім того, погоджуємось з думкою В.Л. Федоренка, що Конституція Пилипа Орлика, конституційні проєкти учасників Кирило-Мефодіївського товариства, поступ української конституційно-правової думки наприкінці XIX – початку XX ст. дають підстави стверджувати про схильність українського громадянського суспільства до західних ідей та ідеалів конституціоналізму[22]. Це допомагає сьогодні розглядати громадянське суспільство як самостійний елемент в механізмі охорони Конституції України[23].

Важливим елементом постпозитивістської методології конституційно-правових досліджень є *методологічні принципи формальної логіки*, які передбачають пізнання юридичних догм, категорій, термінів і моделей, абстрагуючись від усіх випадковостей та безвідносно до інших споріднених соціальних явищ. Зокрема, їх застосування при дослідженні інституту правової охорони Конституції України дасть змогу: дослідити національну систему правової охорони Конституції; сформувати та розмежувати зміст блоків суміжних понять: 1) «правова охорона Конституції», «правовий захист Конституції», «правове забезпечення Конституції», «гарантування Конституції», «конституціоналізація», «реалізація Конституції», «охорона конституційного ладу», «конституційна безпека», «режим конституційної законності»; 2) «конституційні перетворення», «конституційна реформа», «конституційний процес», «конституційна модернізація», «конституційна трансформація».

Конституційно-правове дослідження інституту правової охорони Конституції, незалежно від обраної дослідником конкретної методології, має ґрунтуватись на принципах *об'єктивності* (дослідник не повинен видавати бажані результати дослідження за реальні; результати дослідження мають бути обґрунтовані у вигляді відповідних гіпотез, концепцій, вчень тощо) та *універсальності* (результати проведеного дослідження мають бути придатними для подальших наукових пошуків та для використання у правотворчій та/або правозастосовній практиці).

Характерною ознакою сьогодення в Україні є тенденція до синтезу існуючих науково-теоретичних підходів і модернізаційних методик. Популярним залишається методологічний підхід поєднання юридичного й політичного аналізу, запропонований французьким дослідником М. Дюверже, на думку якого, конституція є «не відображенням реального, а спробою впорядкування реального, спробою, яка ніколи не вдається повністю»[24]. При дослідженні інституту правової охорони Конституції метод політичного аналізу може бути застосований при аналізі питань: політичних факторів, які є підставами конституційних перетворень; поняття та факторів стабільності конституцій; причин, умов та засобів провадження конституційних реформ; ролі й місця організаційних інститутів у механізмі охорони Конституції.

Актуальним питанням залишається перспективність міждисциплінарного підходу в конституційно-правових дослідженнях, зокрема, про міру користі для них соціології права, політології, психології та ін.

Так, у 2015 р. вийшла друком монографія В.В. Джуня (Книга 1) «Соціологія конституційного права», в якій автор обґрунтував необхідність та доцільність аналізу причин соціальної неадекватності задля усунення недоліків конституційного механізму в Україні та здійснив спробу системно поєднати теоретико-методоло-

гічний апарат соціології та юриспруденції для всебічного пізнання конституційно-правових реалій та наукового прогнозування у процесах конституційних перетворень[25].

Вчений І.І. Забокрицький звертає увагу на можливість застосування у конституційно-правових дослідженнях знань науки психології, зокрема, при аналізі явищ обмеження влади та правового менталітету[26].

Безсумнівно, методологічних новацій у сучасному науковому пізнанні багато, у даній статті акцент робився на стратегічних новаціях, які є найбільш актуальними при дослідженні інституту правової охорони Конституції. Важливо зазначити, що усі стратегічні та тактичні новації у методології сучасного наукового відображення мають творчий характер і не позбавлені ознак суб'єктивізму. Головними мають залишатися цілі, задля яких дослідник вдається до використання новітньої методології. Серед найбільш пріоритетних із них має бути: зміцнення парадигми цілісності й інтегративності, усвідомлення необхідності глобального всебічного погляду на світ та наявність багатоальтернативного прогнозування.

Висновки. Незважаючи на суб'єктивний характер вибору окремим дослідником методології конституційно-правового дослідження інституту правової охорони Конституції та неможливості встановити вичерпний перелік методологічних принципів конституційно-правових досліджень, можна сформулювати завдання, якими безумовно повинні визначатися межі цього вибору, а також достовірність та якість отриманих результатів дослідження. Оскільки в Україні триває процес розвитку галузі конституційного права як однієї з провідних у демократичній державі, який супроводжується наявністю проблем концептуального характеру, що уповільнюють процес європеїзації конституційних норм, актуальним є подальше приведення конституційного законодавства у відповідність до європейських стандартів. Важливим науковим завданням є доктринальне забезпечення цього процесу. Широта спектру методологічних принципів у сукупності з методами наукового пізнання з урахуванням модернізаційних методик допомагає максимально ефективно досліджувати як окремі явища правової дійсності, так і інститути сучасного конституційного права України.

---

[1] Пріоритетні напрями розвитку правової науки на 2016–2020 роки, затверджені Постановою Національної Академії правових наук України від 3 березня 2016 р. № 14–10. URL: http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/strategiya.pdf

[2] Цит. за: С.И. Гессен. 2-е изд., испр. и доп. С.-Пб.: Н. К. Мартынов, 1908. С. 19.

[3] Webster's New Universal Unabridged Dictionary. N.Y., 1993. P. 1134.

[4] Методологія наукових досліджень: підручник / О.Г. Данильян, О.П. Дзьобань. Харків: Право, 2019. С. 132.

[5] Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебник. Москва: Проспект, 2009. С. 23.

[6] Федоренко В.Л. Методологія сучасних конституційно-правових досліджень в Україні: наук. доповідь / НАПрН України, Київський регіональний центр. Київ, 2015. С. 24.

[7] Мелащенко В.Ф. Основи конституційного права України: курс лекцій; для студентів юрид. вузів і факультетів. Київ: Вентурі, 1995. С. 185.

[8] Конституційне право України: підручник для студ. вищ. навч. закл. / за ред. В.П. Колісника та Ю.Г. Барабаша. Харків: Право, 2008. С. 32.

[9] Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. / за ред. В.Ф. Погорілка. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2006. Т. 1. С. 184.

[10] Федоренко В.Л. Методологія сучасних конституційно-правових досліджень в Україні: наук. доповідь / НАПрН України, Київський регіональний центр. Київ, 2015. 64 с. С. 25–26.

[11] Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР, зі змінами / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http:zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр

[12] Федоренко В.Л. Вказана праця. С. 31.

[13] Там само. С. 32.

[14] Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», затверджена Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19

[15] Про затвердження національної стратегії у сфері прав людини: Указ Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://www.rada.gov.ua

[16] Про пріоритетні напрями розвитку науки і техніки: Закон України від 9 вересня 2010 р. № 2519-VI / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2519-17

[17] Пріоритетні напрями розвитку правової науки на 2016–2020 роки, затверджені Постановою Національної Академії правових наук України від 3 березня 2016 р. № 14-10. URL: http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/strategiya.pdf

[18] Стратегія національної безпеки України, затверджена Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 / Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: http://www.rada.gov.ua ; Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 р. № 1678/VII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2014. № 40. Ст. 2021.

[19] Федоренко В.Л. Вказана праця. С. 36.

[20] Там само. С. 35–36.

[21] Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія. Київ: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. С. 15.

[22] Федоренко В.Л. Методологія сучасних конституційно-правових досліджень в Україні: наук. доповідь / НАПрН України, Київський регіональний центр. Київ, 2015. С. 41.

[23] Див. дод.: Черняк Є.В. Громадянське суспільство як суб'єкт правової охорони Конституції України. *Науковий Вісник Ужгородського національного університету*. Серія: Право. 2019. № 59.

[24] Цит. за: Горбатенко В.П. Політичне прогнозування: теорія, методологія, практика. Київ: Генеза, 2006. С. 75–76.

[25] Джунь В.В. Соціологія конституційного права: монографія. Харків: Ін-Юре, 2015. Кн. 1. 384 с.

[26] Забокрицький І.І. Використання інтердисциплінарного підходу в сучасних правових дослідженнях. Право і суспільство. 2019. № 2. С. 4.

References:

Priorytetni napriamy rozvytku pravovoi nauky na 2016–2020 roky, zatverdzheni Postanovoiu Natsionalnoi Akademii pravovykh nauk Ukrainy vid 3 bereznia 2016 roku № 14–10. URL: http://www.aprnu.kharkiv.org/doc/strategiya.pdf [in Ukrainian].

Hessen, S.Y. (1908). 2-e yzd. S.-Pb.: N.K. Martynov [in Russian].

Webster's New Universal Unabridged Dictionary. (1993). N.Y. [in English].

Danylian, O.H., Dzoban, O.P. (2019*). Metodolohiia naukovykh doslidzhen: pidruchnyk.* Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

Marchenko, M.N. (2009). *Problemy teoryy hosudarstva y prava:* ucheb. M.: Prospekt [in Russian].

Fedorenko, V.L. (2015). *Metodolohiia suchasnykh konstytutsiino-pravovykh doslidzhen v Ukraini:* nauk. dopovid. NAPrN Ukrainy, Kyivskyi rehionalnyi tsentr. Kyiv. 24–36 [in Ukrainian].

Melashchenko, V.F. (1995). *Osnovy konstytutsiinoho prava Ukrainy:* Kurs lektsii; dlia studentiv yuryd. vuziv i fakultetiv. K.: Venturi [in Ukrainian].

Kolisnyk, V.P., Barabash, Yu.H. (za red.) (2008*).* Konstytutsiine pravo Ukrainy: Pidruchnyk dlia stud. vyshch. navch. zakl. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

Pohorilko, V.F., Fedorenko, V.L. (za red.) (2006*). Konstytutsiine pravo Ukrainy.* Akademichnyi kurs: Pidruch.: U 2 t. T. 1. Kyiv [in Ukrainian].

Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy № 254k/96-VR (1996, chervnia 28). zi zminamy. *Ofitsiinyi sait Verkhovnoi Rady Ukrainy*. URL: http:zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr [in Ukrainian].

Stratehiia staloho rozvytku «Ukraina – 2020», zatverdzhena Ukazom Prezydenta Ukrainy vid 12 sichnia 2015 № 5/2015. *Ofitsiinyi sait Verkhovnoi Rady Ukrainy.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19 [in Ukrainian].

Ukaz Prezydenta Ukrainy «Pro zatverdzhennia natsionalnoi stratehii u sferi prav liudyny» vid 25 serpnia 2015 roku № 501/2015. *Ofitsiinyi sait Verkhovnoi Rady Ukrainy*. URL: http://www.rada.gov.ua [in Ukrainian].

Zakon Ukrainy «Pro priorytetni napriamy rozvytku nauky i tekhniky» vid 9 veresnia 2010 r., № 2519-VI. *Ofitsiinyi sait Verkhovnoi Rady Ukrainy*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2519-17 [in Ukrainian].

Stratehiia natsionalnoi bezpeky Ukrainy, zatverdzhena Ukazom Prezydenta Ukrainy vid 26 travnia 2015 roku № 287/2015. *Ofitsiinyi sait Verkhovnoi Rady Ukrainy*. URL: http://www.rada.gov.ua [in Ukrainian].

Zakon Ukrainy «Pro ratyfikatsiiu Uhody pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony» № 1678/VII. (2014, veresnia 16). *Vidomosti Verkhovnoi Rady*. 40, 2021 [in Ukrainian].

Parkhomenko, N.M. (2008). *Dzherela prava: problemy teorii ta metodolohii.* Monohrafiia. Kyiv [in Ukrainian].

Cherniak, I.V. (2019). Hromadianske suspilstvo yak subiekt pravovoi okhorony Konstytutsii Ukrainy. *Naukovyi Visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu*. Seriia: Pravo. 59 [in Ukrainian].

Horbatenko, V.P. (2006). *Politychne prohnozuvannia: teoriia, metodolohiia, praktyka*. Kyiv [in Ukrainian].

Dzhun, V.V. (2015). *Sotsiolohiia konstytutsiinoho prava:* monohraf. Knyha 1. Kharkiv [in Ukrainian].

Zabokrytskyi, I.I. (2019). Vykorystannia interdystsyplinarnoho pidkhodu v suchasnykh pravovykh doslidzhenniakh. *Pravo i suspilstvo*. 2. 4 [in Ukrainian].

Резюме

Черняк Є.В. **Методологічні принципи конституційно-правового дослідження інституту охорони Конституції як елементу системи сучасного конституційного права України.**

У статті висвітлюються методологічні принципи конституційно-правового дослідження інституту правової охорони Конституції з урахуванням сучасного стану розвитку галузі конституційного права України. Розкриваються питання застосування можливих методологічних новацій для сучасного наукового відображення стану інституту правової охорони Конституції як елементу системи конституційного права України. Можливість поєднання існуючих методологічних принципів із модернізаційними методиками дослідження обґрунтовується досягненням наступних результатів: зміцненням парадигми цілісності й інтегративності, врахуванням глобалізаційних процесів сучасності та багатоальтернативним прогнозуванням.

Ключові слова: методологія дослідження, методологічні принципи, конституційно-правове дослідження, інститут правової охорони Конституції, система конституційного права України.

Резюме

Черняк Е.В. **Методологические принципы конституционно-правового исследования института правовой охраны Конституции как элемента системы современного конституционного права Украины.**

В статье освещаются методологические принципы конституционно-правового исследования института правовой охраны Конституции с учетом современного состояния развития отрасли конституционного права Украины. Рассматриваются вопросы применения возможных методологических новаций для современного научного отображения состояния института правовой охраны Конституции как элемента системы конституционного права Украины. Возможность совмещения существующих методологических принципов с модернизационными методиками исследования обосновывается достижением следующих результатов: укреплением парадигмы целостности и интегративности, учетом глобализационных процессов современности и многоальтернативным прогнозированием.

Ключевые слова: методология исследования, методологические принципы, конституционно-правовое исследование, институт правовой охраны Конституции, система конституционного права Украины.

Summary

Ievgeniia Cherniak. **Methodological principles of constitutional legal research of the protection of the Constitution institute as an element of the modern constitutional law of Ukraine system.**

The methodological principles of the constitutional legal research of the legal protection of the Constitution institute are highlighted, taking into account the current state of development the Constitutional Law of Ukraine. The author draws attention to such

methodological principles, as deideologization, comprehensiveness, systematicity, dialecticism, historicism, determinism, hermeneutics, phenomenology, formal logic, objectivity, universality without denying the use of additional principles.

The article focuses on the process of «methodology innovation» or «methodological innovations». Firstly, the explanation of the essence of the methodology of scientific research of the protection of the Constitution as a phenomenon of legal reality and the institution of the system of constitutional law not only as a set of methods of its research, but also as a tool to increase new knowledge. Secondly, the prospect of an interdisciplinary approach in constitutional law studies, in particular, the acquisition of knowledge of the sociology of law, political science, psychology, etc. Thirdly, the post-positivist methodology for research the problems of legal protection of the Constitution. The post-positivist methodology allows to learn about constitutional phenomena and processes in terms of the priority of their analysis, to identify the origin and content over evaluative characteristics, and to allow for a multiplicity of alternative strategies for cognition of relevant phenomena and processes.

The author emphasizes that all strategic and tactical innovations in the methodology of modern scientific researchers are creative and not devoid of subjectivism. Those that are most relevant in the study of the legal protection of the Constitution institute are highlighted.

The possibility of combining existing methodological principles with modernization research methods is substantiated by the achievement of the following results: strengthening the paradigm of integrity and integrativeness, taking into account the current globalization processes and multi-alternative forecasting.

Key words: research methodology, methodological principles, constitutional legal research, legal protection of the Constitution Institute, system of constitutional law of Ukraine.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.15

УДК 343.851

О.В. КРУШНІЦЬКА

Оксана Володимирівна Крушніцька, *аспірант Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича*[*]

ORCID: 0000-0003-1693-9867

РОЗМЕЖУВАННЯ ПОНЯТТЯ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ

Постановка проблеми. Згідно з останніми змінами конституційно-правової реформи з червня 2016 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», яким конституційне право на правову допомогу було редакційно замінено на право на професійну правничу допомогу[1], відповідно до якого інститут права на правову допомогу суттєво змінюється.

Аналізуючи ці зміни, можна зробити висновок, що їх внесення до Основного Закону Української держави мало на меті не звуження або ж розширення змісту права на правову допомогу, а саме приведення термінології у відповідність до стандартів української мови.

Також треба зазначити, що недостатньо лише наявності норми щодо реалізації права на захист у Конституції України, а тому необхідно удосконалити вже існуючу систему надання правової допомоги шляхом створення дієвого механізму реалізації вказаного права з метою забезпечення захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина.

Також реалізація конституційного права на захист має бути зосереджена саме на праві на правничу допомогу, а не, наприклад, на юридичну, оскільки юридична допомога виступає тільки підвидом правової допомоги.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Навіть окремі науковці, праці, що були спеціально присвячені цим питанням (В. Абознова, Р. Гукасян, І. Жаровська, М. Кательников, О. Овчаренко, Е.Л. Трегубов, Н.В. Хмелевська, Р. Холод, М.В. Удод, Г. Юшкевич та інші), лише констатують наявність проблеми термінологічної невизначеності й нечіткості зазначених понять, але й між собою не можуть дійти єдиної думки в розумінні змісту цих прав.

У законодавстві також існує термінологічна невизначеність більшості з цих понять, їх нечіткість і непослідовність застосування в текстах законів. Роз'яснення Верховного Суду України та Конституційного Суду України теж не дають однозначної відповіді на зазначені питання.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, **мета** даної статті полягає в розкритті загальних основ та розмежування поняття правової та правничої допомоги, враховуючи вітчизняне та зарубіжне законодавство.

Виклад основного матеріалу. Нині помітними є значні трансформації правових інститутів, коли звичні образи та форми зазнають змін, зокрема, виникають нові способи та підходи до надання правової допомоги. Тож на початку нашого дослідження маємо зазначити, що в українському законодавстві вживаються такі тер-

© О.В. Крушніцька, 2019

[*] ***Oksana Krushnitska,*** *Postgraduate student of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

міни, як правова допомога, юридична допомога, правнича допомога, захист, безоплатна допомога, первинна та вторинна правова допомога. Тож потрібно чітко розуміти такі поняття.

Розпочнемо з поняття юридичної допомоги, під якою можна розуміти аргументовану законодавством, правовими нормами та/чи практичним їх застосуванням, конкретизовану правознавчим змістом допомогу, спрямовану на забезпечення реалізації, захисту або відновлення конкретного права чи свободи людини, громадянина, особи. Запропоноване визначення означає, що юридична допомога – це не будь-яка допомога, а лише та, що має нормативний характер, тобто для надання якої існує та ідентифікована надавачем законодавча підстава.

Наведене приводить до наступного визначення правової допомоги. Правова допомога – не визначена законодавством, це природне право людини, яке забезпечує її право на гідність.

За перенесенням викладених пояснень на поняття «правова допомога» та «юридична допомога» можна зазначити, що правова допомога є більш широким, а юридична допомога (чи сукупність її видів) – вужчим поняттям: правова допомога охоплює всі види юридичної допомоги. Визначаючи співвідношення правової та юридичної допомоги, говоримо про ціле та частину.

Відсутність чіткого розмежування терміна «юридична послуга» і термінів «правова допомога» і «юридична допомога» привело, за нашими спостереженнями, до висновків окремих авторів та цілих установ щодо того, що законодавство України закріплює фактично потрійну систему правової допомоги. За їх доказами, одна з них – система правової допомоги, в основі якої лежать Закони України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»[2] та «Про нотаріат»[3], друга – система правових послуг, яка ґрунтується на нормах Цивільного кодексу України, а третя – система соціально-юридичних послуг, які надаються відповідно до Закону України «Про соціальні послуги»[4].

Мають місце і думки щодо дуалізму у визначенні поняття правової та юридичної допомоги у вітчизняному законодавстві: «Через те, що на сьогодні в законодавстві України існує дуалізм у визначенні поняття правової та юридичної допомоги (у статті 59 Конституції України використовується термін «правова допомога»[5], у ст. 44 старого Кримінально-процесуального кодексу України – «юридична допомога», а в новому Кримінальному процесуальному кодексі України вживається термін «захист»), то можна зробити висновок, що всі ці терміни вживаються законодавцем як синоніми»[6].

Пропозиція авторів такого твердження наступна: «Для приведення законодавства у відповідність до Конституції України, а також щоб уникнути плутанини при з'ясуванні змісту терміна «правова допомога» доцільно уживати те поняття, яке зазначене у Основному законі». На наш погляд, недоцільно звужувати обидві категорії до однієї, оскільки за наявності зв'язку між ними вказані категорії не синонімічні. Так, наприклад у радянській юридичній літературі терміни «правова допомога» та «юридична допомога» не були синонімічними і не збігалися за змістом[7].

У цьому зв'язку зазначимо, що на нормативному рівні право на юридичну допомогу було закріплене ще у Конституціях СРСР 1936 р. (ст. 111) та 1977 р. (ст. 158), а спеціальним законом, який регулював механізм надання такої допомоги на професійній основі, був Закон СРСР «Про адвокатуру в СРСР» (1979 р.)[8].

Саме на цій підставі юридична допомога ототожнювалась з допомогою адвоката, а право на юридичну допомогу – з правом на допомогу адвоката у цивільних та кримінальних справах. Одночасно за аналізом змісту відповідних нормативних актів робимо висновок, що правовою вважалася допомога в межах договірних відносин між державами з питань співробітництва установ юстиції щодо надання допомоги у цивільних, сімейних і кримінальних справах.

Сукупність же заходів з громадянами, службовими особами, організаціями, підприємствами, установами тощо для правильної орієнтації в чинному законодавстві, виховання звички свідомого виконання правових норм, зміцнення законності визначалася як юридична допомога[9].

У наш час в українському юридичному термінологічному словнику юридична допомога визначається як сукупність заходів із надання правових послуг юридичним та фізичним особам, має на меті правильну їх юридичну орієнтацію у різноманітних правових ситуаціях[10].

Окремі науковці взагалі доводять необхідність залишення за терміном «правова допомога» смислу, що надається йому в міжнародному праві, а для позначення виду допомоги особі у правовій сфері використовувати словосполучення «юридична допомога особі»[11].

Лінгвістика слова «юридичний», що, як відомо, походить від латинського «судовий», розкривається як «пов'язаний із законодавством, правовими нормами і практичним їх застосуванням; правничий, правознавчий; має офіційне право на що-небудь»[12].

На наше ж переконання, у Конституції України доречним стало формулювання професійної правничої допомоги у ст. 59. Відповідно, і в інших законодавчих актах потрібно закріпити термін саме «правнича допомога», оскільки термін «правова допомога» більше співвідноситься з міжнародним законодавством, тому заміни термінології на правничу допомогу, на нашу думку, є більш вдалим, також термін «правнича допомога» охоплює всю систему та види юридичної допомоги.

Власне, на думку ініціаторів заповаджених змін до Конституції України, заміна терміна «правова допомога» на «правнича допомога» зумовлена насамперед стандартами української мови, які визначають, що прикметник, застосовуваний для позначення відповідного виду допомоги, походить від іменника, що позначає саму професію особи, яка надає таку допомогу. Іменником для позначення особи, яка надає послуги у сфері права (у юридичній сфері), є слово «правник». Отже, саме особи, що належать до правничої

професії, надають професійну правничу допомогу. Більш того, терміни правовий – правничий – правний – юридичний є родовидовими синонімами[13].

Також у Пояснювальній записці до Проєкту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» говориться про те, що право на професійну правничу допомогу – це гарантована Основним Законом держави можливість особи отримати високоякісні правничі послуги, які може забезпечити лише професійний адвокат, який пройшов спеціальну підготовку, а не будь-яка інша особа. При цьому запропонована формула не заперечує права на правничу допомогу загалом, у тому числі й безоплатну, яку можуть надавати інші, крім професійних адвокатів, фахівці-правники. Проте наголос робиться саме на гарантованому отриманні особою саме професійної допомоги.

Таким чином, зазначені зміни розширюють можливості особи на отримання саме професійної правничої допомоги та закладають основу для подальшого реформування інституту адвокатури шляхом створення в Україні єдиної самоврядної правничої професії, що сприятиме реалізації принципу верховенства права.

Також маємо додати, що і Венеціанською комісією в п. 11 проміжного висновку «Щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя» від 24 липня 2015 р. № 803/2015 чітко вказано, що запропоноване уточнення, згідно з яким «право, гарантоване статтею 59, стосується «професійної» правничої допомоги, тобто представництва практикуючим адвокатом є позитивним».

Тобто законодавець розмежовує терміни «правова» і «правнича» (або юридична) допомога саме залежно від суб'єкта надання допомоги.

Тож можна зробити висновок, що внесення даних змін до Конституції України мало на меті не звуження або ж розширення змісту права на правову допомогу, а саме приведення термінології у відповідність до стандартів української мови. А тому за законами формальної логіки конституційні категорії «професійна правнича допомога» та «правова допомога» слід вважати синонімічними.

Отже, в Конституції України задекларований термін професійна правнича допомога[14]. Правовою основою діяльності адвокатури України є Конституція України.

Натомість, ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» говорить, що адвокатська діяльність здійснюється на підставі **договору про надання правової допомоги**[15]. Документом, що посвідчує повноваження адвоката на надання правової допомоги, зокрема, може бути **договір про надання правової допомоги.**

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

І що ж робити, коли Конституція закріплює право кожного на **професійну правничу допомогу**, а адвокати, які керуються Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»[16], здійснюють свою діяльність на підставі договору про надання саме **правової допомоги.**

Насправді правники повинні перші спиратись на Конституцію як на основний закон, але як це можна робити, коли право на професійну правничу допомогу є, а Закон, котрим керуються професійні правники (адвокати), взагалі не передбачає такого словосполучення.

Висновки. Із поданого контексту випливає, що розвиток та становлення незалежної професійної правничої допомоги триває. Велика кількість реформ і змін, особливо на конституційному рівні, з одного боку, сприяє покращенню та вдосконаленню розвитку інституту професійної правничої допомоги, і з іншого боку, – у зв'язку з цим виникає безліч суперечностей і неузгодженостей саме в нормативно-правовому сенсі, адже із запровадженням нових термінів завжди є прихильники як його запровадження, так і проти нього.

Таким чином, маємо узагальнити, що термін правнича допомога є найбільш вдалим і його потрібно трактувати як багатоаспектну діяльність правників, спрямовану на забезпечення верховенства права та реалізації прав кожної людини, яка вступає в певні правовідносини, зміст якої становлять здійснення юридично визначених засобів, що включають юридичні консультації та роз'яснення прав і процедур їх реалізації, допомогу в складанні й поданні заяв, клопотань, скарг та інших юридичних документів, ініціювання та участі у проведенні процесуальних дій і належному фіксуванні їх перебігу і результатів, оцінку належності, достовірності та допустимості доказів, аналізу законності юридичних рішень, вжиття заходів щодо поновлення порушених прав, відшкодування шкоди, заподіяної правопорушенням.

---

[1] Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016 р. № 1401-V111. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19

[2] Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VII. *Відомості Верховної Ради України.* 2013. № 27. Ст. 282. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17

[3] Про нотаріат: Закон України від 09.02.1993. *Відомості Верховної Ради України.* 1993. № 39. Ст.383. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12

[4] Хмелевська Н.В. Розмежування понять «правова допомога» та «юридична допомога» як основа цілісної системи правової допомоги. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012. № 3 (25). С. 145.

[5] Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996, № 30. Ст. 141. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80

[6] Удод М.В. Щодо поняття правова допомога. *Вісник Донецького національного університету. Сер. В: Економіка і право*. Вип. 1. Т. 2. 2011. С. 505.

[7] Юшкевич Г. Надання правової допомоги як вид соціальних послуг. *Право і безпека*. 2009. № 1. С. 89.

[8] Панченко В.Ю. Юридическая помощь личности (общетеоретический аспект): дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Красноярск, 2004. С. 75.

[9] Хмелевська Н.В. Розмежування понять «правова допомога» та «юридична допомога» як основа цілісної системи правової допомоги. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012. № 3 (25). С. 146.

[10] Межа: Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ: Ірпінь, 2001. С. 517.

[11] Панченко В.Ю. Юридическая помощь личности (общетеоретический аспект): дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Красноярск, 2004. С. 63.

[12] Межа: Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ: Ірпінь, 2001. С. 517.

[13] Пояснювальна записка до Проекту Закону України про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57209&pf35401=373303

[14] Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80

[15] Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VII. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17

[16] Там само.

References:

On Amendments to the Constitution of Ukraine (on Justice): Law of Ukraine dated 02.06.2016 No. 1401-V111. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1401-19 [in Ukranian].

On Advocacy and Advocacy: Law of Ukraine No. 5076-VII. (2012, July 5). *Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*. 27, 282. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5076-17 [in Ukranian].

About the notary public: Law of Ukraine (1993, February 9). *Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine.* 39. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12 [in Ukranian].

Khmelevskaya, N.V. (2012). Differentiation of the terms “legal assistance” and “legal aid” as the basis of a comprehensive system of legal aid. *Bulletin of the Academy of Advocates of Ukraine*. 3 (25), 145–148 [in Ukranian].

The Constitution of Ukraine No. 254k / 96-VR. (1996, June 28). *Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine.* 30, 141. URL: http: //zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 [in Ukranian].

Udod, M.V. (2011). The concept of legal assistance. *Bulletin of Donetsk National University. Economics and Law:* 1, 2, 502–506 [in Ukranian].

Yushkevich, G. (2009). Providing Legal Assistance as a Type of Social Services. *Law and security*. 1, 89–91 [in Ukranian].

Panchenko, V.Yu. (2004*). Legal Assistance to the Person (General Theoretical Aspect)*: diss. lawyer. sciences: 12.00.01. Krasnoyarsk [in Ukranian].

Stork, V.T. (ed.) (2001). *Border: The Great Interpretive Dictionary of Modern Ukrainian.* K. : Irpin. 517.

Explanatory Note to the Draft Law of Ukraine on Amendments to the Constitution of Ukraine (on Justice). URL: http://w1.s1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webpros34?Id=&pf3511=57209&pf35401=373303 [in Ukranian].

Резюме

Крушніцька О.В. **Розмежування поняття правової допомоги.**

У статті розглянуто співвідношення понять юридична, правова та правнича допомога. Виявлено та показано позитивні тенденції щодо заміни термінології правової допомоги на професійну правничу допомогу. Доведено, що поняття юридичної допомоги є надто вузьким трактуванням порівняно із правовою допомогою, яка є більш широкою та включає в себе не тільки юридичну допомогу.

Окреслено деякі проблеми, зокрема, залишення попередньої назви правова допомога в інших нормативних актах, наприклад, у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де лишилося трактування як правової допомоги, так і договору про надання правової допомоги.

Ключові слова: правова допомога, правнича допомога, юридична допомога, правничий, адвокат.

Резюме

Крушницька О.В. **Разграничение понятия правовой помощи.**

В статье рассмотрено соотношение понятий юридическая и правовая помощь. Выявлены и показаны положительные тенденции по замене терминологии правовой помощи на профессиональную юридическую помощь. Доказано, что понятие юридической помощи является слишком узкой трактовкой по сравнению с правовой помощью, которая является более широкой и включает в себя не только юридическую помощь.

Определены некоторые проблемы, в частности, оставление предыдущего названия правовая помощь в других нормативных актах, например, в Законе Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», где осталось трактовка как правовой помощи, так и договора о предоставлении правовой помощи.

Ключевые слова: правовая помощь, юридическая помощь, права, адвокат.

Summary

Oksana Krushnitska. **Differentiation of the concept of legal aid.**

This article discusses the relationship between legal, legal aid and legal assistance. The lack of a clear distinction between the term “legal assistence” and the terms “legal aid” and “legal” has led, in our observations, to the conclusions of individual authors and entire institutions that Ukraine’s law enshrines in fact a triple system legal aid. Studies have shown that the legislator distinguishes between “legal aid” and “legal” (or legal) assistance, depending on the subject of assistance.

Positive trends in the replacement of legal aid terminology with professional legal aid have been identified and shown. At he article notes that the development and establishment of independent professional legal assistance continues in the future. A large number of reforms and changes, especially at the constitutional level, on the one hand, contribute to improving and improving the development of the institution of professional legal assistance, and on the other hand, there are many contradictions and inconsistencies in this regard, because the introduction of new terms is always a supporter for its introduction and against it.

Legal aid is the most successful term and should be interpreted as a multidimensional legal practice aimed at ensuring the rule of law and the realization of the rights of each person who enters into a specific legal relationship, the content of which is the implementation of legally defined means, including legal advice and clarification of the rights and procedures for their implementation, assistance in the preparation and filing of applications, petitions, complaints and other legal documents, initiation and participation in procedural actions and proper recording of their course and results, assessment of the adherence, validity and admissibility of evidence, analysis of the legality of legal decisions, taking measures to remedy infringed cases. to, damages caused offense.

It also includes some of the problems that need to be addressed by further consolidating professional legal assistance in other regulations to ensure their compliance with the Basic Law of Ukraine.

Key words: legal, legal aid, legal assistance, law, rule of law, petition, complaint.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.16

УДК 342.4(477)+336.1

А.М. ХУДИК

Андрій Мирославович Худик, *помічник судді патронатної служби управління з організаційного забезпечення Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду*[*]

ORCID: 0000-0003-3174-8428

ОБ'ЄКТИВНА ЗУМОВЛЕНІСТЬ ПРОЦЕСУ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ ПУБЛІЧНИХ ФІНАНСІВ

Постановка проблеми. Взаємодія суспільства і держави у сфері публічних фінансів відзначається низкою особливостей, зумовлених специфікою самих публічних фінансів, їх визначальним значенням для нормального функціонування держави, для забезпечення суспільних (публічних) інтересів. Характер правового регулювання публічних фінансів є одним із показників досягнутого рівня демократії та соціальної справедливості в державі й суспільстві. Публічні фінанси – ефективний механізм забезпечення основного публічного інтересу. Через їх правове регулювання держава може активно впливати практично на всі економічні відносини (і не тільки економічні) в країні, що й зумовлює важливість конституційного регулювання публічних фінансів.

Завдання правового регулювання публічних фінансів полягає в тому, щоб внести в публічні фінанси оптимальну нормативність, яка відображала б потребу суспільства в організованості, впорядкованості та доцільності різних суспільних відносин, у реалізації соціальної політики держави, створенні фінансово-економічних умов реалізації задекларованих конституційних прав та свобод людини і громадянина, у забезпеченні найважливіших інтересів суспільства загалом та окремих його членів, а це своєю чергою зумовлює потребу в конституціоналізації публічних фінансів.

Конституціоналізація публічних фінансів забезпечує створення єдиного внутрішньо узгодженого, стабільного фінансового законодавства, яке ґрунтується на нормах конституції, що слугує гарантією організації та функціонування органів державної влади, взаємодії владних структур, узгодження (на основі вирішення конфлікту та знайдення компромісу) приватних та публічних інтересів і потреб, захисту прав і свобод осіб у сфері публічних фінансів. У результаті конституціоналізації публічних фінансів забезпечується несуперечливе, основане на верховенстві конституції правове регулювання публічних фінансів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема конституціоналізації права, конституціоналізації суспільних відносин, конституціоналізації правопорядку доволі нова в науці конституційного права та водночас і надзвичайно актуальна, про що свідчать наукові здобутки видатних учених в галузі теорії права і конституційного права. Проблемам процесу конституціоналізації присвятили свої праці дослідники проблем у різних галузях права, зокрема й фінансового. Виокремимо наукові розвідки І. Бабіна, М. Бондаря, Ю. Волошина, Р. Гаврилюк, В. Кампо, Н. Пархоменко, П. Пацурківського, Т. Подорожної, О. Стрєльцової, Я. Чернопищук та інших вчених. У своїх роботах вони розглядають різні аспекти процесу конституціоналізації, його стадії та принципи. Проте поза увагою й досі залишаються дослідження конституційного регулювання фінансових правовідносин та конституціоналізації публічних фінансів.

© А.М. Худик, 2019

[*] ***Andriy Khudyk,*** *Assistant judge Court of Appeal of the Supreme Anti-Corruption Court*

Формулювання мети статті. З огляду вищезазначене метою цієї статті є дослідження процесу конституціоналізації публічних фінансів крізь призму конституційного закріплення поняття «публічні фінанси» в конституціях сучасних держав.

Виклад основного матеріалу. Творці конституції в кожній країні самі вправі вирішувати, які питання для них є конституційно значущими і, відповідно, мають бути внесені до тексту Основного Закону[1]. Однак, на нашу думку, конституційний законодавець не абсолютно вільний у питанні формування предмета конституційного регулювання. Останній формується об'єктивно, тобто його визначають об'єктивні потреби суспільного розвитку. Тож предмет конституційного регулювання може розширюватися або звужуватися залежно від об'єктивних умов і специфіки розвитку держави на конкретному історичному етапі. Тобто конституційний законодавець, приймаючи конституцію, повинен враховувати, зважаючи на значущість окремих суспільних відносин (зокрема публічних фінансів), об'єктивну потребу в їх конституційному регулюванні.

Конституція, як результат суб'єктивної діяльності людей, повинна бути об'єктивною за своїм змістом. Практично всі сучасні конституції містять норми, які закладають основи і здійснюють пряме правове регулювання публічних фінансів. Сам факт введення тих чи інших норм, які не стосуються конституційно-правової проблематики (зокрема фінансово-правових норм), у формальну конституцію не варто розглядати як випадковість. Адже ці норми закріплюються в конституційних текстах задля надання їм більшого авторитету і стабільності[2]. І взагалі, це крок на шляху втілення законодавцем заздалегідь визначених політичних цілей. Проте, як зазначають зарубіжні автори[3], це не дає підстав вважати, що означені норми є конституційними в матеріальному змісті, оскільки регульовані ними суспільні відносини (публічні фінанси) не входять до типового обсягу конституційного регулювання і є конституційними лише за формою, а не за суттю.

Публічні фінанси безпосередньо не входять до так званої конституційно-правової проблематики. Їх правове регулювання має конституційне значення з інших причин. Так, розглядаючи правове регулювання публічних фінансів з погляду реалізації конституційних прав і свобод людини та громадянина чи з позиції охорони конституційного ладу, можна однозначно стверджувати: публічні фінанси мають конституційне значення, а отже, їх правове регулювання повинно здійснюватися на чіткій конституційній основі.

Конституційні норми, що закладають основи (засади) правового регулювання публічних фінансів, не регулюють державно-політичних відносин владарювання, а тому можуть бути сприйняті як такі, що закладають конституційні основи (засади) галузі фінансового права[4]. Тож не можна заперечувати того факту, що окремі галузі права, зокрема фінансове право, мають своєрідну спрямованість, функціонально задану конституційними положеннями. Такі конституційні норми визначають зміст фінансового законодавства, при цьому володіючи властивістю прямої дії, вони, разом з галузевими нормами, спроможні активно впливати на фінансові правовідносини. У такий спосіб відбувається своєрідна конституціоналізація публічних фінансів, що, на думку вчених, надає йому вищої соціальної цінності, вводить в орбіти конституційно-правового регулювання[5].

Норми конституції, які безпосередньо стосуються сфери правового регулювання публічних фінансів, є фінансово-правовими нормами (залишаються в рамках фінансового права). Відповідно правовідносини, які виникають на основі таких норм, також є фінансово-правовими з усіма властивими їм особливостями. Отже, конституційне і фінансове право є галузями суміжними, але не пересічними[6].

Г. Андрєєва стверджує, що відповідно до того, як зростає захищеність громадян правовими приписами і детальним врегулюванням окремих видів економічних відносин (зокрема публічних фінансів) на рівні чинного законодавства, потреба в конституційному регулюванні економічних відносин нерідко знижується, і згодом воно або зникає з конституцій, або стає максимально лаконічним та абстрактним[7]. Оптимальна форма правового акта – це можливий мінімум його тексту при можливому максимумі його нормативного змісту[8].

Публічні фінанси потребують конституційного закріплення основних засад їх правового регулювання, що передусім зумовлено особливою значущістю цих суспільних відносин для суспільства, держави та особи. Ця значущість визначається насамперед необхідністю формування доходів державної скарбниці, призначеної для задоволення інтересів суспільства й держави, а також роллю держави в процесі регулювання фінансової системи держави. Публічні фінанси (прямо або побічно) впливають на всі сфери життєдіяльності людей і в підсумку зачіпають самі основи конституційного ладу держави, усю систему прав і свобод людини та громадянина.

Як наголошується в юридичній літературі, основні начала правового регулювання публічних фінансів мають бути нормативно закріплені в конституції держави безпосередньо або виведені з неї конституційним судом відповідної держави[9]. Сучасне розуміння основ конституційного ладу і природи взаємовідносин між особою, державою та суспільством виходить з тези про те, що питання публічних фінансів мають, безсумнівно, конституційне значення. Суспільство й держава повинні внести граничну ясність у питання формування фінансової бази, призначеної для виконання найважливіших державних і суспільних завдань, додати цій домовленості максимально можливої стабільності[10]. В Україні конституціоналізація правового регулювання публічних фінансів об'єктивно зумовлена також важливістю цих суспільних відносин у становленні нашої країни як демократичної, правової і соціальної держави. Без фінансових ресурсів неможливе забезпечення конституційного ладу, реалізація державної влади тощо.

Окрім того, предмет Конституції України, зважаючи на намагання українського суспільства побудувати фінансово-економічну систему за західноєвропейським зразком, повинен формуватися з обов'язковим урахуванням європейського конституційного досвіду правового регулювання публічних фінансів. Без цього дер-

жаву не можна вважати повноцінним членом континентально-європейської правової родини або західно-правової традиції. Щоб досягти цього, вітчизняному праву загалом і фінансовому праву зокрема потрібне масштабне реформування, особливо в напрямі його «очищення» від залишків правової ідеології соціалістичного права, наближення права до сучасного континентально-європейського стандарту, до європейського конституційного рівня. З огляду на це, як наголошує А. Ковальчук, поза публічними фінансами та їх регулюванням неможливе стале функціонування державного устрою. Фінансове право є умовою і водночас механізмом реалізації можливостей ключового сегмента ринкової економіки – фінансової системи. З розвитком ринкових відносин роль і значення фінансового права, як базового регулятора фінансової сфери, системи відповідних відносин, набуває особливої ваги[11].

Тож не знаючи механізму формування і функціонування публічних фінансів, неможливо зрозуміти «дійсну картину конституційного ладу конкретної держави *de jure i de facto*»[12]. Отже, конституціоналізація публічних фінансів зумовлена «їх взаємозв'язком та взаємовпливом на конституційний лад і такі його елементи, як державний та суспільний лад»[13]. Такий взаємозв'язок та взаємовплив актуалізують питання конституційної природи публічних фінансів, їх публічно-правового характеру, вироблення принципів фінансової системи в контексті основ конституційного ладу, фундаментальних (конституційних) прав і свобод людини та громадянина.

Також варто зазначити, що механізм формування й реалізації публічних фінансів є об'єктивним відображенням реального конституційного ладу держави, закріпленої в ній (у державі) форми правління, політико-територіального устрою, а також реальності задекларованих державно-політичних режимів. Так, від бюджетного устрою і схеми розподілу фінансових повноважень між центром і регіонами напряму залежить політико-територіальний устрій держави. Держава не може вважатися унітарною, правовою державою, яка визнає і гарантує місцеве самоврядування, якщо територіальні громади не мають дійсної фінансової автономії, не володіють власною фінансовою базою, а повинні очікувати фінансування з центру, чи вони не вправі самостійно затверджувати свої доходи і видатки, чи вони в обов'язковому порядку мають бути схвалені органами державної влади[14]. Відтак, основи правового регулювання публічних фінансів є складовою частиною економічних основ конституційного ладу і потребують конституційного закріплення.

Європейська практика правового регулювання публічних фінансів переконливо свідчить, що основні принципи фінансової системи мають бути закріплені в акті найвищої юридичної сили. Ці конституційні принципи призначені насамперед для законодавця, адже за своєю правовою природою вони визначають межі законодавчої діяльності, обмежують свободу держави у відносинах з приватним суб'єктом. Вони створюють фінансово-економічні умови реалізації основних засад конституційного ладу, забезпечують стабільність фінансового законодавства, сприяють реалізації конституційних прав і свобод людини та громадянина (передусім соціально-економічних). Тому не випадково в конституціях багатьох держав особлива увага приділяється публічним фінансам.

Наявність конституційних принципів та норм, що володіють найвищою юридичною силою, в системі правового регулювання публічних фінансів має принципово важливе значення з погляду стабільності такого регулювання. Вони, так би мовити, позбавляють представницьку владу права довільно вирішувати на рівні чинного законодавства принципово найважливіші питання фінансової системи, які одержали вирішення на конституційному рівні[15].

Крім того, саме від фінансового законодавства значною мірою залежать фінансове здоров'я національної економіки, стабільність та ефективне функціонування фінансової системи, перспективи і результативність участі держави в глобалізаційних процесах[16]. Суспільні відносини, що виникають в рамках фінансової системи, мають свою специфіку, яка полягає в тому, що правовому регулюванню підлягають об'єктивні економічні закономірності, дію яких варто коригувати з урахуванням інтересів держави. Ці суспільні відносини для забезпечення стабільності економічної системи мають набувати таких форм правового регулювання, які не спричиняли б негативного впливу на економіку, не знищили б матеріальної основи, що їх породжує. Публічні фінанси повинні органічно входити в загальну систему економічних відносин і підкорятися її об'єктивним закономірностям. Система фінансових правовідносин може бути відносно стабільною тільки тоді, коли протиріччя інтересів між учасниками цих відносин не переходять граничнодопустимої межі. У зв'язку із цим фінансова система загалом і податкова зокрема можуть бути стабільними за умови, що побудовані на чіткому конституційному підґрунті.

Висновки. Отже, головне призначення конституційних основ правового регулювання публічних фінансів полягає в обмеженні певної свободи. Вони на конституційному рівні створюють перешкоди для фінансової сваволі. Із цього боку конституційна природа інститутів фінансового права в концентрованому вигляді проявляється через пошук балансу політичної влади та економічної свободи, публічних і приватних інтересів у правовому регулюванні публічних фінансів. Тобто йдеться про конституційне значення широкої сфери суспільних відносин, що становлять предмет правового регулювання публічних фінансів, а отже, про конституційну природу самих інститутів фінансового права[17]. Звідси, правове регулювання публічних фінансів є складовою частиною економічних основ конституційного ладу, тому потребують конституційного закріплення.

---

[1] Сравнительное конституционное право / Абросимова Е.Б., Васильева Т.А., Владимирова Л.Д., Крылова и др.; редкол.: А.И. Ковлер, В.Е. Чиркин (отв. ред.), Ю.А. Юдин. Москва: Манускрипт, 1996. С. 132–133.

[2] Шаповал В.М. Конституційне право зарубіжних країн: підручник. Київ: АртЕк, Вища шк., 1997. С. 20.

[3] Bastid P. L'idee de constitution. Paris, 1985. P. 17–18.

[4] Шаповал В.М. Вказана праця. С. 20.

[5] Подорожна Т.С. Правовий порядок: теоретико-методологічні засади конституціоналізації: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 25–28.

[6] Карасев М.В. Финансовое право Российской Федерации. Москва, 2002. 584 с.

[7] Андреева Г.Н. Экономическая конституция в зарубежных странах / отв. ред. В.В. Маклаков; Ин-т науч. информ. по общест. наукам РАН. Москва: Наука, 2006. С. 28–29.

[8] Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. Москва, 1999. С. 427.

[9] Пацуркивский П.С. Начала финансового права – основополагающий правовой критерий конкретизации финансового законодательства постсоциалистических государств: теоретико-методологические проблемы. *Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: матер. Междунар. симпозиума (Геленджик, 27–28 сент. 2007 г.) /* под ред. д-ра юрид. наук, проф. В.М. Баранова. Нижний Новгород: Нижегород. Акад. МВД России, 2008. С. 724.

[10] Див., напр.: Козырин А.Н. Финансовое право и управление публичными финансами в зарубежных странах. Москва, 2009.

[11] Ковальчук А.Т. Фінансове право України в ринкових умовах: проблеми формування, розвитку, застосування: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2009. С. 5.

[12] Козырин А.Н. Публичные финансы: взаимодействие государства и общества. Москва, 2002. 37 с.

[13] Бабін І.І. Фінансові правовідносини: об'єктивна зумовленість конституціоналізації. *Науковий вісник Чернівецького університету: зб. наук. праць. Правознавство*. Чернівці: Рута, 2007. Вип. 427. С. 84.

[14] Там само.

[15] Бондарь Н.С. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда РФ). Москва: ООО «Викор-медиа», 2006. С. 104.

[16] Ковальчук А.Т. Вказана праця. С. 7.

[17] Бондарь Н.С. Вказана праця. С. 102.

References:

Kovler, A.I., Chirkin, V.E. (otv. red.) (1996). Sravnitel'noe konstitucionnoe pravo / Abrosimova E.B., Vasil'eva T.A., Vladimirova L.D., Krylova N.S. i dr. Moskva [in Russian].

Shapoval, V.M. (1997). Konstytutsiine pravo zarubizhnykh krain: pidruchnyk. Kyiv [in Ukrainian].

Bastid, P. (1985). L'idee de constitution. Paris [in French].

Podorozhna, T.S. (2016). Pravovyi poriadok: teoretyko-metodolohichni zasady konstytutsionalizatsii: monohrafiia. Kyiv [in Ukrainian].

Karasev, M.V. (2002). Finansovoe pravo Rossijskoj Federacii. Moskva [in Russian].

Andreeva, G.N. (2006). Jekonomicheskaja konstitucija v zarubezhnyh stranah. Moskva [in Russian].

Nersesjanc, B.C. (1999). Obshhaja teorija prava i gosudarstva. Moskva [in Russian].

Pacurkivskij, P.S. (2008). Nachala finansovogo prava – osnovopolagajushhij pravovoj kriterij konkretizacii finansovogo zakonodatel'stva postsocialisticheskih gosudarstv: teoretiko-metodologicheskie problemy. *Baranov, V.M. (red.). Konkretizacija zakonodatel'stva kak tehniko-juridicheskij priem normotvorcheskoj, interpretacionnoj, pravoprimenitel'noj praktiki: mater. Mezhdunar. simpoziuma (Gelendzhik, 27–28 sent. 2007 g.)*. Nizhnij Novgorod [in Russian].

Kozyrin, A.N. (2009). Finansovoe pravo i upravlenie publichnymi finansami v zarubezhnyh stranah. Moskva [in Russian].

Kovalchuk, A.T. (2009). Finansove pravo Ukrainy v rynkovykh umovakh: problemy formuvannia, rozvytku, zastosuvannia: dys. … d-ra yuryd. nauk: 12.00.07. Kyiv [in Ukrainian].

Kozyrin, A.N. (2002). Publichnye finansy: vzaimodejstvie gosudarstva i obshhestva. Moskva [in Russian].

Babin, I.I. (2007). Finansovi pravovidnosyny: ob'iektyvna zumovlenist konstytutsionalizatsii. *Naukovyi visnyk Chernivetskoho universytetu: zb. nauk. prats. Pravoznavstvo*. Chernivtsi [in Ukrainian].

Bondar', N.S. (2006). Konstitucionalizacija social'no-jekonomicheskogo razvitija rossijskoj gosudarstvennosti (v kontekste reshenij Konstitucionnogo Suda RF). Moskva [in Russian].

Резюме

***Худик А.М.* Об'єктивна зумовленість процесу конституціоналізації публічних фінансів.**

У статті досліджено вплив конституційних положень на правове регулювання публічних фінансів. Наголошено, що правове регулювання публічних фінансів є складовою частиною економічних основ конституційного ладу, тому потребує конституційного закріплення. Зазначено, що основні принципи фінансової системи мають бути закріплені в акті найвищої юридичної сили.

Зроблено висновок про те, що головне призначення конституційних основ правового регулювання публічних фінансів полягає в обмеженні певної свободи. Вони на конституційному рівні створюють перешкоди для фінансової сваволі. Із цього боку конституційна природа інститутів фінансового права в концентрованому вигляді проявляється через пошук балансу політичної влади та економічної свободи, публічних і приватних інтересів у правовому регулюванні публічних фінансів.

Ключові слова: конституція, конституційне регулювання, конституціоналізація, конституційний лад, публічні фінанси, фінансове право, фінансова система.

Резюме

***Худик А.М.* Объективная обусловленность процесса конституционализации публичных финансов.**

В статье исследовано влияние конституционных положений на правовое регулирование публичных финансов. Отмечено, что правовое регулирование публичных финансов является составной частью экономических основ конституционного строя,

поэтому нуждается в конституционном закреплении. Указано, что основные принципы финансовой системы должны быть закреплены в акте высшей юридической силы.

Сделан вывод о том, что главное назначение конституционных основ правового регулирования публичных финансов заключается в ограничении определенной свободы. Они на конституционном уровне создают препятствия для финансового произвола. С этой стороны конституционная природа институтов финансового права в концентрированном виде проявляется через поиск баланса политической власти и экономической свободы, публичных и частных интересов в правовом регулировании публичных финансов.

Ключевые слова: конституция, конституционное регулирование, конституционализация, конституционный строй, публичные финансы, финансовое право, финансовая система.

Summary

Andriy Khudyk. **Objective conditionality of the process of constitutionalization of public finances.**

The article examines the influence of constitutional provisions on the legal regulation of public finances. It is emphasized that legal regulation of public finances is an integral part of the economic foundations of the constitutional order, therefore they need constitutional enshrinement. It is stated that the basic principles of the financial system should be enshrined in the act of the supreme legal force. These constitutional principles are mainly intended for the legislator as by their legal nature they define the limits of the legislation, restrict the freedom of the state in its relations with a private entity. They create financial and economic conditions for the implementation of the basic principles of the constitutional order, ensure the stability of financial legislation, promote the realization of the constitutional rights and freedoms of man and of the citizen (first and foremost, the social and economic ones). That is why it is no coincidence that special attention is paid to public finances in the constitutions of many states. The existence of constitutional principles and norms with the supreme legal force in the system of legal regulation of public finances is of fundamental importance in view of the stability of such regulation. They, so to speak, deprive the legislature of the right of resolving arbitrarily, at the level of current legislation, the most important issues of the financial system that have been resolved at the constitutional level. It is concluded that the main purpose of the constitutional foundations of legal regulation of public finances is to restrict some freedom. At the constitutional level, they prevent financial arbitrariness. From this viewpoint, the constitutional nature of financial law institutions is concentrated in the form of a search for a balance of political power and economic freedom, public and private interests in legal regulation of public finances. That is, what is at issue is the constitutionalization of public relations constituting the subject of the legal regulation of public finances and, therefore, the constitutional nature of the financial law institutions themselves. Hence, the legal regulation of public finances is an integral part of the economic foundations of the constitutional order and therefore requires constitutional enshrinement. In addition, domestic financial law needs a major reform, especially towards bringing it closer to the modern continental European standard, to the European constitutional level.

Key words: constitution, constitutional regulation, constitutionalization, constitutional order, public finances, financial law, financial system.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.17
УДК 351.811.123.1

О.Ф. АНДРІЙКО, Т.В. КОРНЕВА

Ольга Федорівна Андрійко, *доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач відділу Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*[*]
ORCID: 0000-0002-7507-3090

Тетяна Володимирівна Корнева, *кандидат юридичних наук, доцент Навчально-наукового інституту Національного університету водного господарства та природокористування*[**]
ORCID: 0000-0002-3944-1263

СУЧАСНИЙ СТАН ТА ОСНОВНІ НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ МИТНОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Процес формування митної політики України в період трансформаційних системних змін, які були зумовлені Угодою про асоціацію з ЄС, визначив пріоритетну спрямованість механізмів її реалізації в умовах глобалізації зовнішньої торгівлі в контексті норм та правил ГАТТ/СОТ і вимог ЄС. Про необхідність створення механізму сприятливих умов для бізнесу при переміщенні товарів через митний кордон України, розвиток міжнародної торгівлі через реорганізацію державних органів з питань митної справи дискутують давно. Насправді без поєднання наукових досліджень з вимогами сучасної соціально-орієнтованої ринкової економіки та врахування позитивного досвіду реформування митних систем європейських країн, створення такого механізму без додаткових досліджень є достатньо складним завданням.

Європейський вибір України та проголошення стратегічного курсу на вступ до Європейського Союзу потребує приведення національного законодавства, у тому числі з питань митної справи, до міжнародних стандартів та вдосконалення митного контролю.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різноманітні аспекти митного контролю досліджувалися у працях Ю. Дьоміна, Л. Дорофеєвої, Ю. Кунєва, В. Пашка, Д. Приймаченка, В. Прокопенка та інших науковців і практиків.

Мета статті – розкрити сутність, призначення митного контролю відповідно до вимог міжнародних стандартів, виявити прогалини чинного законодавства та недоліки здійснення функції митного контролю, розглянути шляхи їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Державний контроль здійснюється з метою перевірки дотримання й виконання поставлених завдань, прийнятих рішень і їх правомірності. Зміст державного контролю включає спостереження, аналіз і перевірку діяльності відповідних органів та їх посадових осіб щодо виконання поставлених перед ними завдань, дотримання установлених правил, норм і стандартів.

Митний контроль є специфічним видом державного контролю, завдання якого полягає в аналізі та зіставленні фактичного стану митної справи з вимогами, які стоять перед нею, виявленні відхилень при виконанні поставлених завдань та причини невиконання або зниження ефективності виконання. За допомогою митного контролю встановлюється достовірність даних про повноту, своєчасність, реальність виконуваних зовнішньоекономічних операцій, а також законність дій, здійснюваних посадовими особами щодо юридич-

© О.Ф. Андрійко, Т.В. Корнева 2019

[*] ***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*

[**] ***Tetiana Korneva,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor of the National University of Water and Environmental Engineering*

них осіб та фізичних осіб-суб'єктів зовнішньоекономічних відносин, виявлення порушень норм діючого законодавства та вжиття заходів з усунення допущених порушень та недоліків, включаючи притягнення до відповідальності певних фізичних, юридичних та посадових осіб за порушення законності.

Митний контроль відіграє важливу роль у зміцненні законності, виконавської дисципліни, підвищенні рівня організованості й порядку в системі управління митною справою, якщо увага приділяється усім притаманним йому функціям.

Головна мета організації митного контролю в європейських країнах – створити сприятливі умови для зовнішньоекономічної діяльності, удосконалити переміщення через митний кордон України фізичних осіб та їх речей, товарів та майна юридичних осіб, здійснювати заходи щодо боротьби з порушеннями митних правил та запобігання і протидії контрабанді; стягнення відповідних митних платежів у держбюджет; ведення митної статистики.

У Митному кодексі України (п. 24 частини першої ст. 4 із змінами, внесеними згідно із Законом України № 405-VII від 04 липня 2013 р.) митний контроль визначається як сукупність заходів, що здійснюються з метою забезпечення додержання норм цього кодексу, законів та інших нормативно-правових актів з питань митної справи, міжнародних договорів України, укладених у встановленому законом порядку.

У результаті об'єднання у 2013 р. податкової та митної служб у Міністерство доходів і зборів, яке пізніше було реорганізовано в Державну фіскальну службу, відбулися зміни у визначенні пріоритетності завдань митних органів. Вони фактично були зорієнтовані на користь лише одного – наповнення державного бюджету, що спричинило низку негативних результатів у митній справі. Це і «гіпертрофія» фіскальної функції митних органів, і зниження рівня організаційного та кадрового забезпечення процедур митного контролю та митного оформлення, і відсутність належного рівня аналітичної роботи та пост-контролю, і недостатній обмін інформацією та низький рівень міжнародного співробітництва.

Завданням щодо підвищення ефективності митного контролю, посилення боротьби з порушеннями митних правил, запобігання та протидія контрабанді, прискорення експортно-імпортного товарообігу і руху пасажирів за рахунок спрощення митних процедур для добросовісних учасників зовнішньоекономічної діяльності, посилення технічної оснащеності митних підрозділів не приділялася належна увага через непродумане реформування внутрішньої структури митниці.

Практично зупинився розвиток інфраструктури в пунктах пропуску на кордоні через відсутність матеріально-технічного забезпечення, що негативно проявилося в організації дієвих заходів з організації спільного митного контролю з митними органами суміжних з Україною держав. Не приділялася належна увага системі й механізму постійного моніторингу за здійсненням процедур митного контролю й митного оформлення, а також механізму впровадження сучасних інформаційних технологій.

Наслідком реформування митних органів без серйозного наукового підходу стало значне зменшення ефективності протидії контрабанді та порушенням митних правил, захисту прав інтелектуальної власності, контролю застосування заходів тарифного та нетарифного регулювання, а також заходів попередження, припинення, усунення неправомірних дій фізичних та юридичних осіб. У стані стагнації опинилася ситуація із ввезенням та перебуванням на митній території України понад 50 тисяч автомобілів з іноземними номерами без сплати митних платежів.

Особлива увага до митного контролю зумовлена характером діяльності митних органів та їх посадових осіб, потребою у постійному зворотному зв'язку за динамікою розвитку суспільних відносин у різних сферах зовнішньоекономічної діяльності та контролю за поведінкою учасників цих відносин.

Митний контроль має здійснюватися системно, з використанням усіх контрольних засобів, а результати його та висновки обов'язково повинні надходити до вищого органу в порядку підпорядкованості. Ведення митної статистики має важливе значення при втіленні в життя митної політики. Митна статистика призначена для забезпечення повного і достовірного обліку даних про експорт та імпорт держави; аналізу основних тенденцій, структури й динаміки зовнішньоторговельних товаропотоків держави разом з аналізом його макроекономічної ситуації; інформаційного забезпечення вищих органів державної влади й управління при прийнятті ними рішень у галузі митної політики та державного регулювання зовнішньої торгівлі; контролю за нарахуванням митних платежів; здійснення валютного контролю в межах компетенції митних органів; розв'язання інших завдань, зумовлених митною політикою держави.

Для збору міжнародної торгової статистики країни користуються національними митними тарифами, що базуються на Гармонізованій системі опису та кодування товарів (далі – ГС) – міжнародній номенклатурі товарів, яка розроблена Всесвітньою митною організацією. Гармонізована система опису та кодування товарів 2017 р. використовується у 207 країнах світу з метою забезпечення одноманітної класифікації товарів для встановлення митних тарифів, здійснення заходів нетарифного регулювання та збирання статистичних даних. На ГС базується Українська класифікація товарів зовнішньоекономічної діяльності (далі – УКТЗЕД), але й тут ми маємо певні проблеми.

Митний тариф України діє на основі версії ГС 2012 р., що створює проблеми з класифікацією товарів. І на сьогодні маємо статистику, яку не можна зіставити зі статистикою інших держав.

До основних функцій митного контролю відносять фіскальну, правоохоронну, координуючу, профілактичну та превентивну функції.

Пріоритетними в контролюючій діяльності митних органів є: фіскальна функція щодо забезпечення надходження податків при ввезенні товарів на митну територію України і охоронна функція щодо національної безпеки країни.

Важливішим напрямом діяльності митниці є фіскальна функція. Від стану справ на цій ділянці значною мірою залежать не лише економічна безпека держави, а й подальший розвиток ринкової економіки, створення сприятливих умов для національних товаровиробників.

Фіскальна функція відіграє головну роль в оцінці діяльності митних органів, применшивши виконання інших функцій.

Фіскальна функція митних органів забезпечується шляхом контролю за відповідністю тарифної класифікації. За тим проект Закону «Про Митний тариф України», схвалений Кабінетом Міністрів України 15 листопада 2017 р., й досі не прийнятий. Законопроект не змінює ставки ввізного мита, а запроваджує нову класифікацію окремих товарів, гармонізуючи українське законодавство з нормами міжнародного права з метою спрощення міжнародної торгівлі для України. В його основу покладена нова версія Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності (УКТЗЕД), яка створена на основі міжнародної Гармонізованої системи опису та кодування товарів (ГС) 2017 р. та Комбінованої номенклатури ЄС і враховує всі зобов'язання України в рамках СОТ.

Достатньо зазначити, що в Митному кодексі України більше ніж у 40 статтях йде посилання на УКТЗЕД і Митний тариф при проведенні митного контролю і митного оформлення. Прийняття нового Закону «Про Митний тариф України» дасть можливість вирішити проблему розбіжностей класифікації товарів з міжнародними партнерами і сприятиме спрощенню й гармонізації митних процедур.

Зміст фіскальної функції митного контролю полягає в наповненні державного бюджету за рахунок митних платежів: а) мито; б) акцизний податок із ввезених на митну територію України підакцизних товарів (продукції); в) податок на додану вартість із ввезених на митну територію України товарів (продукції).

Недостатньо виважена програма реформування митниці не сприяла виконанню плану 11 місяців 2019 р., а саме – дохідної частини державного бюджету на 36,6 мільярдів гривень (12,4 %) щодо податку на додану вартість із ввезених на митну територію України товарів. Насамперед це результат здійснення неефективної митної політики, хаотичне унормування діяльності митних органів, що призвело до послаблення митного контролю за експортно-імпортними операціями.

Отже, розбудова митної інфраструктури, яка б сприяла розвитку зовнішньої торгівлі і захисту економічних інтересів та забезпечувала надійний захист від протиправних посягань, залишається пріоритетним завданням реформованої митної служби. Її становлення й організація залежать від багатьох факторів, серед яких важливим є створення відповідної нормативної бази та проведення широкомасштабних організаційних заходів.

Фіскальна функція спрямована насамперед на захист держави від зовнішніх загроз. Вона включає: захист національної безпеки держави; суспільного порядку; захист внутрішнього ринку; захист інтересів споживачів; створення умов для підтримання законодавчо визначеного порядку переміщення через митний кордон України товарів і транспортних засобів; ефективну протидію контрабанді та іншим порушенням митного законодавства; сприяння протидії міжнародному тероризму тощо.

Ефективна боротьба із правопорушеннями у сфері митного законодавства можлива лише при тісній взаємодії митних органів, правоохоронних та інших контролюючих органів, в основі діяльності яких лежить спільна мета щодо забезпечення порядку переміщення товарів через митний кордон України.

Координуюча функція митних органів здійснюється шляхом:

– взаємного інформування про стан забезпечення законодавства при переміщенні товарів через митний кордон;

– формування банку даних про порушників законодавства та спільним його використанням у практичній діяльності;

– спільних організаційно-управлінських і практичних заходи з питань перевірки зовнішньоекономічної діяльності підконтрольних суб'єктів;

– спільних перевірок конкретних фактів порушення законодавства та вирішення питань щодо притягнення винних до відповідальності тощо.

За результатами контролю митні органи здійснюють профілактичну функцію, застосовуючи заходи щодо попередження, припинення та усунення неправомірних дій суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності чи їх посадових осіб. Крім того, у процесі митного контролю виявляються причини та умови, що сприяли прийняттю неправомірних управлінських рішень та їх виконанню.

Сучасні тенденції вимагають якісного та швидкого обслуговування зростаючих потоків експортно-імпортних вантажів, забезпечення повного спектру митних та супутніх послуг на рівні міжнародних стандартів, що напряму залежить від технологій митного контролю.

Передусім існує необхідність упорядкування та застосування основних форм митного контролю. До них, зокрема, належать:

– перевірка документів та відомостей, які відповідно до ст. 335 Митного кодексу України надаються органам доходів і зборів під час переміщення товарів, транспортних засобів комерційного призначення через митний кордон України;

– митний огляд (огляд та переогляд товарів, транспортних засобів комерційного призначення, огляд та переогляд ручної поклажі та багажу, особистий огляд громадян);

– облік товарів, транспортних засобів комерційного призначення, що переміщуються через митний кордон України;

– усне опитування громадян та посадових осіб підприємств;

– огляд територій та приміщень складів тимчасового зберігання, митних складів, вільних митних зон, магазинів безмитної торгівлі та інших місць, де знаходяться товари, транспортні засоби комерційного призначення, що підлягають митному контролю; чи провадиться діяльність, контроль за якою відповідно до Митного кодексу України та інших законів України покладено на органи доходів і зборів;

– перевірка обліку товарів, що переміщуються через митний кордон України та/або перебувають під митним контролем;

– проведення документальних перевірок дотримання вимог законодавства України з питань митної справи, у тому числі своєчасності, достовірності, повноти нарахування та сплати митних платежів;

– направлення запитів до інших державних органів, установ та організацій, уповноважених органів іноземних держав для встановлення автентичності документів, поданих органу доходів і зборів;

– пост-митний контроль.

Визначення поняття пост-митного контролю вперше унормовано в митному законодавстві України додатковою ст. 337-1 Митного кодексу, в якій зазначено, що для цілей пост-митного контролю органи доходів і зборів мають право перевіряти точність і повноту інформації, що міститься в митній декларації, загальній декларації прибуття, та наявність, точність і правильність документів, на підставі яких здійснено випуск товарів. Введення зазначеної норми наблизило митне законодавство України до міжнародних норм, зокрема до положень Кіотської конвенції в частині запровадження пост-митних перевірок, оскільки в Митному кодексі України визначення цього поняття раніше було відсутнє.

У нормативно-правових актах України та міжнародних угодах вживаються здебільшого два терміни: «пост-митний контроль» або «пост-митний аудит», що суперечить суті процесу перевірки суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності посадовими особами митних органів.

Слід зазначити, що аудит є підприємницькою діяльністю, незалежною перевіркою обліку та звітності суб'єктів господарювання. Тобто дана перевірка здійснюється митними аудиторами – недержавними органами і є предметним аудитом, що відбувається нарівні з іншими видами аудиту. Ототожнювати митний аудит зі складовою частиною державного контролю, який здійснюють митні органи з метою перевірки діяльності суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності в межах своєї компетенції, вважаємо недоцільним.

Позитивним є унормування законодавцем у вищезазначеній статті умови здійснення і стадії проведення контролю. Зокрема зазначається, що пост-митний контроль здійснюється за результатами застосування системи управління ризиками та може бути ініційований під час митного оформлення або протягом 30 календарних днів з дня випуску товарів.

Митний контроль, як один із видів державного контролю, класифікується за наступними стадіями митного процесу:

– попередній контроль;

– поточний контроль;

– подальший контроль (пост-контроль).

Попередній митний контроль здійснюється посадовими особами митних органів шляхом перевірки та аналізу інформації, яка міститься в товаросупровідних документах на вантаж, у разі переміщення його через митний кордон України.

Так, проведення митного контролю щодо операцій із ввезення іноземних товарів на митну територію України починається з моменту подачі попередньої митної декларації. Попередній митний контроль має важливе значення для попередження порушень митних правил та запобігання і протидії контрабанді.

На стадії поточного митного контролю має місце безпосереднє митне оформлення зовнішньоекономічних операцій. Тобто митними органами виконуються митні процедури, які пов'язані із закріпленням результатів митного контролю товарів і транспортних засобів, що переміщаються через митний кордон України і мають юридичне значення для їх подальшого використання. В Україні така форма митного контролю на даний час є домінуючою.

Останнім часом митними службами розвинених країн була запроваджена практика перевірок не тільки на стадіях попереднього та поточного контролю, а й на стадії подальшого контролю. Дана форма митного контролю здійснюється після завершення митного оформлення з метою перевірки діяльності осіб, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності.

У Митному кодексі України зазначається, що пост-митний контроль є складовою частиною митного контролю і може здійснюватися на будь-якій його стадії. Слід підкреслити, що впровадження пост-митних перевірок суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності не скасовує використання інших форм митного контролю. Саме поєднання стадій попереднього, поточного та подальшого контролю дає змогу забезпечити найбільш високу результативність та ефективність митного контролю. Тому в практиці діяльності митних органів слід широко використовувати всі форми контролю, не протиставляючи їх одна одній.

Як свідчить практика, під час проведення перевірок трапляються випадки виникнення спірних ситуацій щодо правильності оподаткування певних видів товарів декларантом. Причиною цього можуть бути як дії, так і бездіяльність посадових осіб суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності або посадової особи митного органу.

Саме під час проведення перевірки мають бути врегульовані всі спірні питання шляхом надання декларантом відповідних пояснень та їх документального підтвердження посадовій особі митного органу, який

проводить перевірку. Це надалі дасть можливість уникнути процедури надання заперечень до акта перевірки або адміністративного чи судового оскарження прийнятих податкових повідомлень-рішень. Тому декларант у разі непогодження з певними висновками митних органів ще до закінчення перевірки повинен повідомити його про спірну ситуацію та має право вимагати від митного органу проведення перевірки відомостей і фактів, які можуть свідчити на його користь.

Одним із методів боротьби з корупцією при проведенні митного контролю є мінімізація особистих контактів між посадовими особами митних органів та декларантами, переведення більшості митних процедур в он-лайн, використання електронних сервісів, мобільних додатків.

Важливим для зміцнення відносин з нашими найбільш значимими торгівельними партнерами є якомога швидше запровадження системи спільного транзиту з Євросоюзом та деякими іншими країнами та використання Нової комп'ютеризованої транзитної системи NCTS (New Computerised Transit System). Це допоможе обмінюватися інформацією з країнами ЄС в режимі реального часу, використовувати єдину митну декларацію, запровадити ряд транзитних спрощень, сприятиме веденню легального бізнесу, збільшенню товарообігу, обміну митною інформацією та статистикою, розвитку співпраці з потенційними донорами міжнародної технічної допомоги.

Реалізація та удосконалення митного контролю в сучасних умовах має базуватися насамперед на:

– інформаційному забезпеченні (у тому числі автоматизованих системах);

– забезпеченні належного рівня взаємодії з європейськими інститутами в процесі адаптації митного законодавства в контексті Угоди про асоціацію України та ЄС;

– залученні та використанні міжнародної технічної допомоги для вдосконалення митної інфраструктури, професійного навчання посадових осіб митних органів, оснащення сучасними технічними засобами митного контролю;

– конструктивної взаємодії з митними адміністраціями зарубіжних країн (особливо з сусідніми державами) у сфері протидії порушенням митних правил та контрабанді, включаючи проведення спільних міжнародних заходів.

Висновки. Аналіз законодавчого забезпечення митної справи засвідчує необхідність внесення змін до Митного кодексу України з метою усунення неузгодженості й різночитання у поспіхом прийнятих змінах та доповненнях в попередні роки. З метою створення наукового підґрунтя для подальших наукових пошуків вважаємо необхідним уточнення понятійного апарату в сфері митної справи для усунення конфліктів між бізнесом і контролюючими органами.

В основу нового Закон України «Про Митний тариф України» слід покласти нову версію Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності (УКТЗЕД), створеної на основі міжнародної Гармонізованої системи опису та кодування товарів (ГС) 2017 р. та Комбінованої номенклатури ЄС.

При прийнятті нових нормативно-правових актів з питань митної справи необхідно враховувати досвід європейських країн, вимоги міжнародних договорів, до яких приєдналася Україна, з метою гармонізації та спрощення митних процедур і найбільш повного забезпечення прав, свобод та інтересів громадян.

Резюме

Андрійко О.Ф., Корнева Т.В. **Сучасний стан та основні напрями вдосконалення митного контролю в Україні.**

У статті висвітлено теоретичні аспекти організації державного контролю та проведення митного контролю у сфері митної справи. Проаналізовано сучасний стан митного контролю та його правове регулювання, що дало можливість зробити висновок про те, що реорганізація митних органів у 2012–2019 рр. проводилася без належного наукового обґрунтування, вивчення європейського досвіду та врахування національного законодавства і митної практики. Запропоновано переглянути і визначити пріоритети реалізації основних функцій митного контролю, виходячи із інтересів національної безпеки. Проаналізовано форми митного контролю. Практика реалізації пост-митного контролю розглянута крізь призму стадій: попереднього, поточного та подальшого контролю. Пропонується вдосконалення правового регулювання митного контролю шляхом внесення змін в Митний кодекс України та прийняття нового закону «Про Митний тариф України».

Ключові слова: державний контроль, митна справа, митний контроль, митні органи, функції митного контролю.

Резюме

Андрийко О.Ф., Корнева Т.В. **Современное состояние и основные направления усовершенствования таможенного контроля в Украине.**

В статье освещены теоретические аспекты организации государственного контроля и проведения таможенного контроля в сфере таможенного дела. Проанализировано современное состояние таможенного контроля и его правовое регулирование, что позволило сделать выводы о том, что реорганизация таможенных органов в 2012–2019 гг. проводилась без соответствующего научного обоснования, изучения европейского опыта и учёта национального законодательства и таможенной практики. Проанализированы формы таможенного контроля. Практика реализации пост-таможенного контроля рассмотрена через призму стадий: предыдущего, текущего и последующего контроля. Предлагаются направления усовершенствования правового регулирования таможенного контроля путём внесения в Таможенный кодекс и чёткого определения приоритетных задач таможенных органов, соответствие их деятельности европейским стандартам. Обосновывается необходимость принятия нового закона «О Таможенном тарифе Украины».

Ключевые слова: государственный контроль, таможенное дело, таможенный контроль, таможенные органы, функции таможенного контроля.

Summary

Olha Andriyko, Tetiana Korneva. **The current state and main directions of improving customs control in Ukraine.**

The article highlights the theoretical aspects of the organization of state control and customs control in the field of customs. The current state of customs control and its legal regulation are analyzed, which allowed us to conclude that the reorganization of customs authorities in 2012–2019 was carried out without appropriate scientific justification, the study of European experience and the consideration of national legislation and customs practice. The main tasks and functions of customs control during the movement of goods across the customs border of Ukraine by subjects of foreign economic activity are determined. It is proposed to review and prioritize the implementation of the basic functions of customs control, based on the interests of national security. The forms of customs control are analyzed. The practice of implementing post-customs control as a form of control, which is used by the administrations of European countries, is examined through the prism of the stages: previous, current and subsequent control. The main tasks and functions of customs control during the movement of goods across the customs border of Ukraine by subjects of foreign economic activity are determined. It is proposed to review and prioritize the implementation of the basic functions of customs control, based on the interests of national security. The forms of customs control are analyzed. The practice of implementing post-customs control as a form of control, which is used by the administrations of European countries, is examined through the prism of the stages: previous, current and subsequent control. The necessity of consolidating the efforts of the customs service, government and the public to create truly partnerships between the customs authorities and the business community with the aim of achieving a balance of interest of people who move goods across the customs border of Ukraine, overcoming "sulfur" and "black" schemes is noted. Important steps were noted regarding the implementation of best international practices in the activities of customs authorities. Directions are proposed for improving the legal regulation of customs control by introducing into the Customs Code and clearly defining the priority tasks of customs authorities, and their compliance with European standards. The necessity of adopting a new law "On the Customs Tariff of Ukraine" is substantiated.

Key words: state control, customs, customs control, customs authorities, customs control functions.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.18

УДК 336.226.11

О.В. ГЕДЗЮК

Олена Вікторівна Гедзюк, *кандидат юридичних наук, асистент кафедри юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]

ORCID: 0000-0001-6688-3836

ОПОДАТКУВАННЯ ДОХОДІВ САМОЗАЙНЯТИХ ОСІБ – АДВОКАТІВ ТА ОСОБЛИВОСТІ СПЛАТИ ЄСВ

Постановка проблеми. Адвокатська діяльність є незалежною професійною діяльністю адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту. Із запровадженням в Україні адвокатської монополії кількість юристів, які виявили бажання долучитися до адвокатського корпусу, значно зросла. Не зважаючи на Висновок Конституційного Суду України від 31 жовтня 2019 р. № 4-в/2019[1], яким було визнано законопроект про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) таким, що відповідає вимогам ст. ст. 157 та 158 Конституції України, професійний інститут надання правової допомоги громадянам у судах продовжує зростати. Одним із важливих питань, що постають перед адвокатом, є оподаткування його діяльності. Із врахуванням того, що існують дискусійні питання в оподаткуванні адвокатської діяльності, вважаємо, що ця тема заслуговує окремого дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Приділено увагу нормам Податкового кодексу України[2], Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність, Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування»[3], Порядку обліку платників податків і зборів[4], актам контролюючих органів та судовим рішенням.

Формулювання мети статті. Виходячи із постановленої проблематики, здійснити аналіз чинного нормативно-правового регулювання та правозастосовну практику оподаткування індивідуальної адвокатської діяльності.

Виклад основного матеріалу. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає правові засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні. Адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. Згідно із ч. 1 ст. 13 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат, який здійснює адвокатську діяльність індивідуально, є самозайнятою особою.

© О.В. Гедзюк, 2019

[*] ***Olena Hedziuk,*** *Ph.D. in Law, Assistance lecturer of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Відповідно до пп. 14.1.226. п. 14.1. ст. 14 Податкового кодексу України самозайнята особа – платник податку, який є фізичною особою – підприємцем або провадить незалежну професійну діяльність за умови, що така особа не є працівником в межах такої підприємницької чи незалежної професійної діяльності.

Незалежна професійна діяльність – участь фізичної особи у науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, приватних виконавців, адвокатів, арбітражних керуючих, аудиторів, бухгалтерів, оцінщиків, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою – підприємцем та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб.

Для цілей оподаткування адвокат, який здійснює діяльність індивідуально є самозайнятою особою, а саме особою, яка здійснює незалежну професійну діяльність.

Податковий облік. Особи, які мають намір здійснювати незалежну професійну діяльність, зобов'язані стати на облік у контролюючих органах за місцем свого постійного проживання як самозайняті особи та отримати довідку про взяття на облік. Це питання регулюється главою 6 Податкового кодексу України, а також Порядком обліку платників податків і зборів, затвердженим наказом Міністерства фінансів України від 09 грудня 2011 р. № 1588.

Для взяття на облік фізична особа, яка має намір провадити незалежну професійну діяльність, у строк 10 календарних днів після державної реєстрації незалежної професійної діяльності та отримання свідоцтва, зобов'язана подати до контролюючого органу за місцем свого постійного проживання: заяву за формою № 5-ОПП; копію свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю. Фізичній особі, яка провадить незалежну професійну діяльність, видається довідка про взяття на облік платника податків.

Відповідно до положень ч. 4 п. 6.7 Розділу VI Порядку обліку платників податків і зборів, якщо фізична особа зареєстрована як підприємець та при цьому така особа провадить незалежну професійну діяльність, *така фізична особа обліковується у контролюючих органах як фізична особа – підприємець з ознакою провадження незалежної професійної діяльності.* У такому разі фізична особа зобов'язана подати до контролюючого органу за місцем свого постійного проживання заяву за формою № 5-ОПП з позначкою «Зміни» та копію документа, що підтверджує право фізичної особи на провадження незалежної професійної діяльності.

Таким чином, якщо особа вже зареєстрована як фізична особа – підприємець, вона не має ставати вдруге на податковий облік, а лише повідомити про зміни.

Оподаткування. Розділ IV Податкового кодексу України регулює оподаткування доходів фізичних осіб. Стаття 178 ПК України встановлює порядок оподаткування доходів, отриманих фізичною особою, яка провадить незалежну професійну діяльність.

Доходи громадян, отримані протягом календарного року від провадження незалежної професійної діяльності, оподатковуються податком на доходи фізичних осіб (далі – ПДФО) за ставкою 18 %. Оподатковуваним доходом вважається *сукупний чистий дохід***,** тобто різниця між доходом і документально підтвердженими витратами, необхідними для провадження незалежної професійної діяльності. Варто звернути увагу, що у разі неотримання довідки про взяття на облік особою, яка провадить незалежну професійну діяльність, об'єктом оподаткування є доходи, отримані від такої діяльності без урахування витрат.

Відповідно до наказу ДПС України від 24 грудня 2012 р. № 1185 «Про затвердження Узагальнюючої податкової консультації щодо деяких питань оподаткування фізичних осіб, які провадять незалежну професійну діяльність (приватних нотаріусів, адвокатів)»[5] при визначенні сукупного чистого доходу фізичних осіб, які здійснюють незалежну адвокатську діяльність, доцільно враховувати витрати, пов'язані з організацією такої діяльності. До витрат адвоката можуть бути віднесені, зокрема, орендна плата за користування приміщенням; технічне забезпечення діяльності робочого місця адвоката та його обслуговування; обслуговування технічного обладнання; витрати на виготовлення печаток та штампів; сплата щорічних внесків адвокатів на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування; відкриття рахунків у банках та їх розрахунково-касове обслуговування; оплата праці та обов'язкові нарахування на фонд оплати праці помічників; проходження підвищення кваліфікації адвокатом; витрати на збирання доказів; витрати на користування електронною базою законодавства; витрати на підключення та користування мережею Інтернет; виготовлення бланків (у тому числі ордерів); придбання канцелярського приладдя; сплата адвокатами внесків до Пенсійного фонду України; програмне забезпечення; поштові та кур'єрські послуги; витрати на послуги телекомунікаційного зв'язку, електронні цифрові підписи.

На практиці трапляються випадки, коли податкові органи із посиланням на вищезгадану Узагальнюючу податкову консультацію обґрунтовують відсутність права у адвоката щодо врахування інших витрат з метою оподаткування. Наприклад, витрати на рекламу. Верховний Суд у постанові від 15 серпня 2019 р., справа № 816/341/16, зазначив, що Узагальнююча податкова консультація, затверджена наказом ДПС України від 24 грудня 2012 р. № 1185, є роз`ясненням норм податкового законодавства й *має рекомендаційний характер*; до того ж, *наведений у ній перелік витрат не є вичерпним,* що свідчить про можливе віднесення до витрат незалежної професійної діяльності й інших витрат, якщо вони підтверджують належність та необхідність для провадження такої діяльності[6].

Фізичні особи, які провадять незалежну професійну діяльність, зобов'язані вести облік доходів і витрат від такої діяльності. Наказом Міністерства доходів і зборів України від 16 вересня 2013 р. № 481 затверджено Книгу обліку доходів і витрат, яку ведуть фізичні особи – підприємці, крім осіб, які обрали

спрощену систему оподаткування, і фізичні особи, які провадять незалежну професійну діяльність. Остаточний розрахунок ПДФО за звітний податковий рік здійснюється платником самостійно згідно з даними, зазначеними в податковій декларації, яка подається за результатами звітного року до 1 травня наступного за звітним роком.

Крім ПДФО, адвокати, які здійснюють незалежну професійну діяльність, також сплачують *військовий збір* у розмірі 1,5 % сукупного чистого доходу. Це питання регулюється п. 16-1 підрозділу 10 розділу XX Податкового кодексу України.

Адвокати, як особи, які провадять незалежну професійну діяльність, відповідно до п. 5 частини першої ст. 4 Закону України «Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування» (далі – Закон України № 2464-VI) є *платниками єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування* (далі – ЄСВ або єдиний внесок).

Правовідносини щодо обліку платників єдиного внеску врегульовано ст. 5 Закону України № 2464-VI та розділом III Порядку обліку платників єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, затвердженим наказом Міністерства фінансів України від 24 листопада 2014 р. № 1162.

Розглянемо ситуацію з ЄСВ, коли особа здійснює адвокатську діяльністю та зареєстрована як фізична особа – підприємець. Позиція податкових органів така: платник має сплачувати ЄСВ двічі. У Загальнодоступному інформаційно-довідковому ресурсі[7] Інформаційно-довідковим департаментом ДПС надано відповідь на питання, яким чином сплачують єдиний внесок ФОП, які одночасно провадять незалежну професійну діяльність. Так, фіскали зазначили: якщо фізичні особи – підприємці одночасно провадять незалежну професійну діяльність, то вони сплачують єдиний внесок у розмірі 22 % бази нарахування, визначеної ст. 7 Закону України № 2464-VI, як фізичні особи – підприємці та як особи, які провадять незалежну професійну діяльність. Також, наприклад, в індивідуальній податкові консультації ДФС від 03 квітня 2019 р. № 1415/Б/99-99-13-02-03-14/ІПК[8] контролюючі органи зазначили, що особи, які перебувають на обліку в податкових органах як фізичні особи – підприємці – платники єдиного податку, а також здійснюють незалежну професійну діяльність як адвокати, мають платити двічі ЄСВ як для платника, який провадить незалежну професійну діяльність та для фізичної особи – підприємця – платника єдиного податку.

Звернемось до судової практики. Суд у постанові від 31 січня 2019 р. у справі № 815/2618/18[9] зазначає, що доходи, отримані від здійснення такої діяльності, підлягають оподаткування згідно зі ст. 178 Податкового кодексу України лише у випадку, якщо така особа не зареєстрована як фізична особа – підприємець. Необхідність подачі окремих звітів щодо сум нарахованого ЄСВ виникає лише у разі, якщо особа, яка провадить незалежну професійну діяльність та одночасно є фізичною особою – підприємцем, здійснює відмінні види діяльності. Позивач, здійснюючи підприємницьку діяльність за кодом КВЕД 69.10 – діяльність у сфері права та адвокатську діяльність, займається одним і тим же видом підприємницької діяльності, і у нього не виникає обов'язку подання звітності як особи, що провадить незалежну професійну діяльність, адже у такому випадку буде мати місце подвійний облік ідентичної господарської діяльності, а відповідно – і подвійне оподаткування, що суперечить принципам податкового законодавства[10].

У рішенні від 04 лютого 2019 р. у справі № 120/4288/18-а[11] Вінницький окружний адміністративний суд зазначив, що законодавець розмежовує фізичних осіб – підприємців та осіб, які провадять незалежну професійну діяльність. При цьому порядок обліку та сплати ЄСВ фізичними особами – підприємцями з ознакою провадження незалежної професійної діяльності Законом України № 2464-VI не передбачений. Суд дійшов висновку, що позивач, перебуваючи на податковому обліку, як фізична особа – підприємець на спрощеній системі оподаткування, повинен перебувати на податковому обліку як фізична особа – підприємець з ознакою провадження незалежної професійної діяльності, вести єдиний податковий облік та сплату податків саме як фізична особа – підприємець 2 групи єдиного податку із зареєстрованими видами діяльності. Аналогічна правова позиція викладена у постанові Вищого адміністративного суду України від 21 січня 2016 р. у справі № К/800/44702/14.

Третій апеляційний адміністративний суд у постанові від 20 листопада 2019 р. у справі № 280/1158/19[12] також став на бік позивача та зазначив про неправомірну позицію контролюючого органу, яка стала підставою для прийняття оскаржуваних у справі рішень та яка фактично зводиться до того, що у позивача наявний обов`язок нараховувати та сплачувати ЄСВ окремо як ФОП та окремо як самозайнята особа – адвокат з огляду на те, що він має статус фізичної особи – підприємця з ознакою провадження незалежної професійної діяльності.

Верховний Суд у своєму Рішенні[13] від 02 вересня 2019 р. (справа № 520/3939/19) зазначив, що приписи п. 16 Порядку № 435 про обов`язок формування та подання звіту фізичною особою – підприємцем, яка має ознаку незалежної професійної діяльності, не відповідають положенням п.п. 4 та 5 частини першої ст. 4 Закону № 2464-VI. Суд констатує наявність колізії між приписами нормативно-правових актів різної юридичної сили – невідповідність між приписами закону та положеннями підзаконного нормативно-правового акта. За правилом колізійного принципу «lex superior derogate legi interior» нормативний акт вищої юридичної сили має пріоритет над нормативним актом нижчої юридичної сили.

Висновки. На практиці виникають спірні відносини між контролюючими органами та самозайнятими особами – адвокатами, з огляду на позицію податкових органів про наявність у адвокатів обов`язку нараховувати та сплачувати ЄСВ окремо як ФОП та окремо як самозайнята особа – адвокат. Суди підтримують платників податків, а роз'яснення податкових органів залишаються незмінними.

З метою уникнення подвійного оподаткування та забезпечення реалізації принципів податкового законодавства, на наше переконання, це питання потребує уваги з боку податкових органів та актуального аналізу обставини, що свідчать про неоднозначність окремих норм податкового законодавства.

---

[1] Висновок Конституційного Суду України від 31 жовтня 2019 року № 4-в/2019 у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) (реєстр. № 1013) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. URL: http://www.ccu.gov.ua/dokument/4-v2019 (дата звернення: 27.12.2019).

[2] Податковий кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 (дата звернення: 27.12.2019).

[3] Про збір та облік єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17 (дата звернення: 27.12.2019).

[4] Порядок обліку платників податків і зборів, затверджений Наказом Міністерства фінансів України від 09.12.2011 р. № 1588. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/z1562-11 (дата звернення: 27.12.2019).

[5] Узагальнююча податкова консультація щодо деяких питань оподаткування фізичних осіб, які провадять незалежну професійну діяльність (приватних нотаріусів, адвокатів), яка затверджена наказом ДПС України від 24.12.2012 р. № 1185. URL: http://sfs.gov.ua/zakonodavstvo/podatkove-zakonodavstvo/nakazi/62191.html (дата звернення: 27.12.2019).

[6] Постанова Верховного Суд від 15 серпня 2019 року, справа № 816/341/16. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/83692112 (дата звернення: 27.12.2019).

[7] Загальнодоступний інформаційно-довідковий ресурс, Інформаційно-довідковий департамент ДПС. URL: http://zir.tax.gov.ua/ (дата звернення: 27.12.2019).

[8] Податкова консультація від 03.04.2019 р. № 1415/Б/99-99-13-02-03-14/ІПК. URL: https://news.dtkt.ua/files/NikoNews/IPK1415.pdf (дата звернення: 27.12.2019).

[9] Постанова П'ятого апеляційного адміністративного суду по справі № 815/2618/18 від 31 січня 2019 р. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79590055 (дата звернення: 27.12.2019).

[10] Там само.

[11] Рішення Вінницького окружного адміністративного суду від 04 лютого 2019 р. у справі № 120/4288/18-а. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79779651 (дата звернення: 27.12.2019).

[12] Постанова Третього апеляційного адміністративного суду від 20 листопада 2019 року у справі № 280/1158/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85802997 (дата звернення: 27.12.2019).

[13] Рішення Верховного Суду від 02 вересня 2019 року у справі № 520/3939/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84077152 (дата звернення: 27.12.2019).

References:

Vysnovok Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy vid 31 zhovtnia 2019 roku № 4-v/2019 u spravi za konstytutsijnym zvernenniam Verkhovnoi Rady Ukrainy pro nadannia vysnovku schodo vidpovidnosti zakonoproektu pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (schodo skasuvannia advokats'koi monopolii) (reiestr. № 1013) vymoham statej 157 i 158 Konstytutsii Ukrainy. URL: http://www.ccu.gov.ua/dokument/4-v2019 [in Ukrainian].

Podatkovyj kodeks Ukrainy. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 [in Ukrainian].

Zakon Ukrainy «Pro zbir ta oblik iedynoho vnesku na zahal'noobov'iazkove derzhavne sotsial'ne strakhuvannia». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2464-17 [in Ukrainian].

Poriadok obliku platnykiv podatkiv i zboriv, zatverdzhenyj Nakazom Ministerstva finansiv Ukrainy vid 09.12.2011 № 1588. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/z1562-11 [in Ukrainian].

Postanova Verkhovnoho Sud vid 15 serpnia 2019 roku, sprava № 816/341/16. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/83692112 [in Ukrainian].

Uzahal'niuiucha podatkova konsul'tatsiia schodo deiakykh pytan' opodatkuvannia fizychnykh osib, iaki provadiat' nezalezhnu profesijnu diial'nist' (pryvatnykh notariusiv, advokativ), iaka zatverdzhena nakaz DPS Ukrainy vid 24.12.2012 № 1185. URL: http://sfs.gov.ua/zakonodavstvo/podatkove-zakonodavstvo/nakazi/62191.html [in Ukrainian].

Fizychna osoba, iaka zdijsniuie nezalezhnu advokats'ku diial'nist', ne mozhe obraty sproschenu systemu opodatkuvannia u mezhakh takoi diial'nosti. URL: http://if.sfs.gov.ua/media-ark/news-ark/288340.html [in Ukrainian].

Zahal'nodostupnyj informatsijno-dovidkovyj resurs, Informatsijno dovidkovyj departament DPS. URL: http://zir.tax.gov.ua/ [in Ukrainian].

Postanova P'iatoho apeliatsijnoho administratyvnoho sudu u spravi № 815/2618/18 vid 31 sichnia 2019 r. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79590055 [in Ukrainian].

Podatkova konsul'tatsiia vid 03.04.2019 r. № 1415/B/99-99-13-02-03-14/IPK. URL: https://news.dtkt.ua/files/NikoNews/IPK1415.pdf [in Ukrainian].

Rishennia Vinnyts'koho okruzhnoho administratyvnoho sudu vid 04 liutoho 2019 r. u spravi № 120/4288/18-a. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79779651 [in Ukrainian].

Postanova Tret'oho apeliatsijnoho administratyvnoho sudu vid 20 lystopada 2019 roku u spravi № 280/1158/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85802997 [in Ukrainian].

Rishennia Verkhovnoho Sudu vid 02.09.2019 u spravi № 520/3939/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84077152 [in Ukrainian].

Резюме

Гедзюк О.В. **Оподаткування доходів самозайнятих осіб – адвокатів та особливості сплати ЄСВ.**

У статті проаналізовано правове регулювання оподаткування доходів самозайнятих осіб – адвокатів. Окреслено податкові платежі, які повинен сплачувати адвокат, здійснюючи незалежну професійну діяльність. Досліджено норми Податкового кодексу України, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Закону України «Про збір та облік єдиного внес-

ку на загальнообов'язкове державне соціальне страхування», підзаконні нормативно-правові акти, акти податкових органів та судову практику. Виокремлено дискусійні питання у правозастосуванні норм податкового законодавства, а саме: питання врахування витрат у визначенні оподаткованого доходу з метою оподаткування доходу отриманого адвокатом, а також питання сплати податкових платежів у разі поєднання здійснення підприємницької діяльності та незалежної професійної діяльність.

Ключові слова: оподаткування, незалежна професійна діяльність, адвокат, фізична особа-підприємець, податок на доходи фізичних осіб, єдиний податок, єдиний соціальний внесок, військовий збір, дохід.

Резюме

Гедзюк Е.В. **Налогообложение доходов самозанятых лиц – адвокатов и особенности уплаты ЄСВ.**

В статье проанализированы правовое регулирование налогообложения доходов самозанятых лиц – адвокатов. Определены налоговые платежи, которые должен платить адвокат, осуществляющий независимую профессиональную деятельность. Исследованы нормы Налогового кодекса Украины, Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», Закона Украины «О сборе и учете единого взноса на общеобязательное государственное социальное страхование», подзаконные нормативно-правовые акты, акты налоговых органов и судебную практику. Выделены дискуссионные вопросы в правоприменении норм налогового законодательства, а именно: вопросы учета затрат в определении налогооблагаемого дохода адвоката, а также вопросы уплаты налоговых платежей в случае совмещения предпринимательской деятельности и независимой профессиональной деятельности.

Ключевые слова: налогообложение, независимая профессиональная деятельность, адвокат, физическое лицо-предприниматель, налог на доходы физических лиц, единый налог, единый социальный взнос, военный сбор, доход.

Summary

Olena Hedziuk. **Income taxation of self-employed attorney and peculiarities of single social contribution payment.**

The paper is designed to present the legal regulation of income taxation of self-employed attorney. For tax purposes, the attorney who carries out the activity is an individually self-employed person, namely, a person who pursues an independent professional activity.

An individual who intends to pursue independent professional activity is obliged to register with the supervisory authorities at their place of residence as self-employed persons. If a person is registered as an entrepreneur and at the same time this person carries out an independent professional activity, such an individual is accounted for the controlling bodies as an entrepreneur with a sign of pursuing the independent professional activity.

Income received during the calendar year from conducting independent professional activity is taxed on the personal income tax at the rate of 18%. Taxable income is the cumulative net income, that is the difference between the income and the documented expenses required to pursue a certain type of independent professional activity. Individuals engaged in an independent professional activity are obliged to keep records of income and expenses from such activity.

In addition to the personal income tax, attorneys also pay a military levy and a single social contribution.

Discussion issues in the enforcement of tax law were distinguished: the issue of taking into account expenses in determining taxable income for taxation of income received by an attorney, as well as problem of payment of the single social contribution in the case of combining business activity and independent professional activity. In this situation, the tax authorities believe that the taxpayer must pay a single social contribution twice as an entrepreneur and as a person who provides independent professional activity. Courts often support taxpayers and confirm that a person should only pay a single social contribution as an entrepreneur. Tax authorities' explanations remain unchanged.

To avoid double taxation and to ensure the implementation of the principles of tax law, in our opinion, this issue needs attention from the tax authorities and an up-to-date analysis tax legislation.

Key words: taxation, independent professional activity, attorney, private entrepreneur, personal income tax, single tax, single social contribution, military levy, income.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.19
УДК 342.95 (043.3)КПІ (091)

І.В. КОСТЕНКО

Ірина Валентинівна Костенко, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного технічного університету України «Київський політехнічний університет імені Ігоря Сікорського»*[*]
ORCID: 0000-0001-6700-4194

ОСНОВНІ ПРИНЦИПИ ЕЛЕКТРОННОГО УРЯДУВАННЯ

Постановка проблеми. В умовах формування інформаційного суспільства, на початку XXI ст., у світі виникло поняття «електронне урядування», E-government. Молода незалежна Українська держава, яка отримала у спадок архаїчний механізм управління, не залишилась осторонь цієї глобальної світової тенденції. На початку 2000 рр. в Україні була прийнята ціла низька законів та підзаконних актів з цього питання. Станом на сьогодні у нашій країні розроблена розвинена нормативна база для впровадження будь-якої з існуючих у світі моделей електронного урядування. Україна, в аспекті імплементації електронного урядування, є молодою державою. У світовій же практиці вже є певний напрацьований досвід, склалось декілька основних моделей електронного урядування: англо-американська, європейська, азійська моделі.

Органи державної влади США, наприклад, при створенні системи електронної взаємодії з громадянами, зробили основний акцент на створенні необхідної інформаційної інфраструктури. Такий підхід дає змогу перейти від бюрократичної моделі управління до «сервісної влади» – моделі управління, яка спрямована на забезпечення громадян необхідною інформацією та надання їм послуг. Аналогічна тенденція досліджується зараз і в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Досвід впровадження е-демократії та е-урядування в Україні досліджували С.В. Дзюба та В.Ф. Нестерович. Питання створення ефективного урядування вивчав О. Дергачов. Питання електронної демократії, за досвідом США, аналізував І.П. Лопушинський. М.С. Демкова, І.Б. Жиляєв, Н.Н. Клищ, К.О. Линьов, С.В. Політанський, М.В. Фігель висвітлювали різні аспекти електронного урядування в Україні і світі. Для цієї статті корисним став підручник «Технології електронного урядування» І.В. Клименко. Також нами була опрацьована значна база нормативно-правових джерел із досліджуваного питання.

Таким чином, вибір теми зумовили соціальна і наукова актуальність досліджуваного питання, недостатній рівень його теоретико-методологічної розробленості.

Формулювання мети статті. Метою дослідження є зміст та принципи електронного урядування та стан його впровадження у сфері публічного управління України.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж переходити до дослідження основних принципів електронного урядування слід, визначитися з понятійно-категоріальним апаратом, який буде використовуватись у даній статті.

Світове співтовариство в обличчі Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) визначає електронний уряд як уряд, який, використовуючи інформаційно-комунікаційні технології, надає громадянам та підприємствам можливість взаємодіяти з урядом, використовуючи різноманітні електронні засоби масової інформації[1].

ООН визначає електронне урядування в двох підходах: як системне використання ІКТ урядом для взаємодії з громадянами і підприємствами та для спрощення й удосконалення демократичного управління.

Концепція Кабінету Міністрів є найбільш сучасним нормативним актом, який створює умови впровадження е-урядування в Україні. Концепція використовує наступне визначення: електронне урядування – форма організації державного управління, яка сприяє підвищенню ефективності, відкритості та прозорості діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування з використанням інформаційно-телекомунікаційних технологій для формування нового типу держави, орієнтованої на задоволення потреб громадян[2].

Іншим був підхід авторів «Концепції електронного урядування в Україні», створеної за підтримки Міжнародного фонду «Відродження». За їх баченням, електронне урядування – це форма організації державного управління, за якої відбувається активна взаємодія органів державної влади та органів місцевого самоврядування з суспільством, людиною, бізнесом, за допомогою інформаційно-комунікативних технологій[3].

На думку В.М. Фурашева, електронний уряд – це система державного управління, яка з метою підвищення ефективності своєї діяльності зорієнтована на максимальне реальне впровадження та використання новітніх досягнень науки і техніки, зокрема у сфері інформаційно-комунікаційних технологій[4].

© І.В. Костенко, 2019

[*] ***Irina Kostenko,*** *Ph.D. in Law, Associated Professor, Associate Professor of the National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute"*

Науковець підкреслює, що основною ланкою взаємодії між громадянами та органами державної влади чи місцевого самоврядування є людина (чиновник). Застосування сучасних інформаційно-комунікативних технологій дасть змогу мінімізувати участь людини у процесі надання громадянам адміністративних послуг, а відтак і надасть процесу необхідного рівня прозорості. Вартим уваги є те, що автор вважає єдино можливим реалізацію державної політики з питань електронного урядування через впровадження системи «Електронний уряд» – єдиної інфраструктури міжвідомчої автоматизованої взаємодії у інтерактивному режимі наближеному до реального масштабу часу, органів державної влади та органів місцевого самоврядування між собою, з громадянами і суб'єктами самоврядування[5].

Виникає питання, чому ж існує така різниця в судженнях світових експертів та українських урядовців і науковців?

Основним аспектом, що вплинув на різницю у поглядах, є історичний. Радянська спадщина напряму вплинула на формування моделі електронного урядування в Україні, його принципи, завдання та цілі. Під поняттям радянська спадщина мається на увазі та модель управління, яка «перейшла у спадок» Україні. Бюрократизм, помножений на заплутані процедури, і став першопричиною корупції в тих масштабах, які ми маємо сьогодні. Здається, що при побудові радянської системи управління мали на меті інтереси чиновників, а не громадян.

Політичні зміни 2014 р. повністю змінили вектор як внутрішньої, так і зовнішньої політики України. Закони «Про очищення влади» та «Про засади запобігання та протидії корупції» поставили за мету підвищення ефективності влади, прозорості, збільшення контролю з боку громадськості.

Відштовхуючись від принципових положень законодавства про боротьбу з корупцією, Концепція Кабінету Міністрів увібрала в себе всі принципи антикорупційних законів, чітко окресливши мету електронного урядування та коло проблем, які вона повинна вирішити.

За результатами розгляду чотирьох наведених точок зору на поняття «електронне урядування» позиція Кабінету Міністрів у Концепції видається найбільш точною: електронне урядування – форма організації державного управління, яка сприяє підвищенню ефективності, відкритості та прозорості діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування з використанням інформаційно-телекомунікаційних технологій для формування нового типу держави, орієнтованої на задоволення потреб громадян[6].

Електронне урядування можна вважати одним із способів врегулювання суспільних відносин. Існування і функціонування цього інституту має підпорядковуватись певним принципам. У загальному розумінні принципи, за своєю сутністю, є основоположними ідеями, які визначають зміст і спосіб правового регулювання.

ООН, як наддержавне формування, виділяє наступні принципи функціонування інституту «електронного урядування»:

– використання інформаційно-комунікативних технологій у процесі функціонування;
– заохочення участі громадян у процесі прийняття управлінських рішень;
– підвищення підзвітності діяльності органів державної влади;
– прозорість управлінського процесу;
– ефективність урядування.

Варто проаналізувати кожен з цих принципів. Першим принципом є широке використання інформаційно-комунікативних технологій. Цей принцип є, скоріше, не принциповим положенням, на якому буде вибудовуватись і реалізовуватись стратегія, а, скоріше, простою констатацією, що управління державними справами буде переходити на електронну безпаперову (цифрову) форму. Відповідно до принципів ООН, до інформаційно-комунікативних технологій відносять: факсимільний зв'язок, електронний облік та електронні реєстри, пункти самообслуговування, Інтернет, електронну пошту та електронний обмін даними. Звичайно, сьогодні такий перелік не є інноваційним.

Заохочення громадян в управлінні державними та муніципальними справами – основоположний принцип державного управління сучасної держави. Через систему електронних звернень громадянам надана можливість, зібравши необхідну кількість підписів, надати управлінцям інформацію про існуючі проблеми, а також можливість висловити свою думку стосовно питань регіонального та державного значення, а проста ідентифікація через BankID дає можливість залучити широке коло громадян.

Принцип підвищення підзвітності діяльності органів державної влади постає як ключовий контролюючий принцип електронного урядування. Варто зазначити, що підзвітність та прозорість діяльності тісно пов'язані між собою. Слід сказати, що безпаперова форма діяльності управлінців, з одного боку, економить час прийняття управлінських рішень, але, з іншого боку, призводить до безвідповідальності. Задля реалізації принципу прозорості та підзвітності управлінець, на нашу думку, кожне своє рішення має підтверджувати електронним цифровим підписом. У держави мають існувати відкриті реєстри абсолютно всіх управлінських рішень, що приймаються, незалежно від рівня органу, який їх приймає, крім тих, звичайно, що містять державну таємницю.

Отже, принцип відкритості та прозорості реалізується через три складові: право «знати», «отримувати», та «впливати». Право «знати» – це можливість громадян мати необхідну інформацію про управлінські та інші державні рішення, без особливих часових затрат. Право «отримувати» – це можливість громадян, громадських інституцій та бізнесу отримати необхідні публічні послуги в найкоротші строки. Право «впливати» – це можливість громадян впливати на управлінські рішення, брати участь у їх прийнятті через громадські слухання, а також донести свою точку зору через систему електронних звернень.

Ефективність урядування виступає, скоріше, не як принцип електронного урядування, а, більше, як його кінцева мета. Так, широке використання інформаційно-комунікативних технологій покликане оптимізувати ресурсні витрати в фінансовому аспекті (скоротити штат працівників), мінімізувати часові витрати.

Отже, у баченні ООН електронне урядування постає як оптимізована необхідними інформаційно-комунікативними засобами ефективна модель управління, побудована на принципах прозорості, підзвітності та участі громадян в управлінні.

Концепція розвитку електронного урядування, затверджена Кабінетом Міністрів, має дещо інший, більш сучасний підхід, до визначення принципів запровадження eGovernment в Україні. Так, за Концепцією, електронне урядування в Україні будується на наступних принципах:

– цифровий за замовчуванням – забезпечення будь-якої діяльності органів влади (у тому числі надання публічних послуг, забезпечення міжвідомчої взаємодії, взаємодії з фізичними та юридичними особами, інформаційно-аналітична діяльність) передбачає електронну форму реалізації як пріоритетну;

– одноразове введення інформації – реалізація підходу, за якого фізичні та юридичні особи лише один раз подають інформацію до органів влади, а в подальшому ця інформація повторно використовується органами влади для надання публічних послуг та виконання інших владних повноважень з дотриманням вимог захисту інформації та персональних даних. Створений у січні 2013 р. Єдиний портал адміністративних послуг дає можливість отримати адміністративну послугу через кабінет користувача на електрону пошту, шляхом проходження ідентифікації через електронний цифровий підпис. Всі персональні дані внесені до кабінету зберігаються та захищаються, що дає можливість неодноразово користуватись персональним кабінетом для отримання адміністративних послуг в подальшому;

– сумісність за замовчуванням – здійснення проектування та функціонування інформаційно-телекомунікаційних систем в органах влади відповідно до єдиних відкритих вимог і стандартів для забезпечення їх подальшої сумісності та електронної взаємодії та повторного використання.

Одним із двох принципів, які відсутні в офіційній Концепції, є принцип партнерства. Принцип представницької демократії передбачає, що управлінець – це не більш ніж сервісний персонал, найнятий громадянами України для виконання покладених на нього обов'язків, який отримує за це заробітну платню з бюджету держави, сформованого з податків, сплачених громадянами. Тому, на нашу думку, недостатньо принципу «залучення громадян» у тексті Концепції. Уряд має чітко усвідомлювати, що народ треба сприймати як рівного партнера у взаємовідносинах.

Крім того, варто зазначити, що система принципів побудови системи електронного урядування має бути доповнена принципом відповідальності посадової особи, яка приймає рішення, за вирішення цієї проблеми.

В українському законодавстві існує архаїчне поняття адміністративної відповідальності, як виду відповідальності за порушення існуючого громадського порядку – передусім відповідальність громадян. Однак закордонна практика також схиляється до визначення адміністративної відповідальності як відповідальності державних службовців за невиконання чи неналежне виконання покладених на них обов'язків. На нашу думку, виконавча влада в Україні має нести відповідальність перед громадянами за свої рішення, дії чи бездіяльність, в тому числі і в сфері розвитку електронного урядування. Діяльність Антикорупційного суду та реформи в сфері адміністративної відповідальності – ось необхідний мінімум, який забезпечить підвищення прозорості та ефективності публічного управління.

Певні крокі у галузі електронного урядування в Україні вже зроблено. На Урядовому порталі наразі доступні 118 електронних послуг, користування якими минулого року зросло втричі,

Радник Президента Михайло Федоров у грудні 2019 р. під час презентації моделі «держава у смартфоні» зазначив: «Ключова мета зараз – визначити конкретні шляхи та механізми прискорення реалізації цього амбітного проекту, зробити електронний уряд більш технологічним, зручним і суттєво збільшити кількість його користувачів. Нам потрібно реалізувати ідею "єдиного вікна", дати громадянам одну веб-адресу всіх наявних послуг, впровадити єдину систему авторизації та ідентифікації, зробити загалом усю систему більш орієнтованою на потреби громадян, впровадити уніфіковані принципи щодо дизайну та інтегрувати наявні електронні послуги в єдиний технологічний "фреймворк", що дасть змогу ще активніше залучати громадян до цифрового світу»[7].

Висновки. Отже, сьогодні в наукових колах Україні не існує одностайної думки стосовно визначення поняття «електронне урядування». З одного боку, електронне урядування розглядається як новий метод управління. З іншого боку – як система міжвідомчої взаємодії, як концепція підвищення ефективності та прозорості діяльності органів державної влади, яка повинна насамперед мінімізувати владу чиновника. У процесі написання статті було сформульовано наступне визначення: електронне урядування – форма організації державного управління, яка сприяє підвищенню ефективності та прозорості діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування з використанням інформаційно-телекомунікаційних технологій для забезпечення подальшого розвитку демократичного суспільства.

Також у ході аналізу принципів електронного урядування, відповідно до урядової Концепції, було сформульовано ще два додаткових принципи: принцип партнерства та принцип відповідальності посадової особи. Принцип партнерства полягає у сприйнятті громадян та їх об'єднань як рівноправних партнерів у процесі прийняття управлінських рішень. У законі повинна бути визначена міра відповідальності посадовця за невиконання прийнятих рішень.

[1] United Nation E-Government Survey. URL: https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2018-Survey/E-Government%20Survey%202018_FINAL%20for%20web.pdf

[2] Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні: розпорядження Кабінету Міністрів України від 20 вересня 2017 р. № 649-р. *Офіційний вісник України.* 2017. № 78. Ст. 109. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-%D1%80

[3] Концепція розвитку електронного урядування в Україні / О. Баранов, А. Семенченко. URL: https://www.irf.ua/files/ukr/conception_final.pdf

[4] Складові електронного урядування / Правова інформатика. – 2012. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/12fvmseu.pdf

[5] Концепція розвитку електронного урядування в Україні / О. Баранов, А. Семенченко. URL: https://www.irf.ua/files/ukr/conception_final.pdf

[6] Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15/

[7] Держава у смартфоні. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-technology/2709578-derzava-u-smartfoni-na-bankovij-anonsuvali-prezentaciu-dla-ekspertiv-i-gromadan.html

References:

United Nation E-Government Survey (2018). URL: https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2018-Survey/E-Government%20Survey%202018_FINAL%20for%20web.pdf [in English].

Rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 20 veresnia 2017 r. № 649-r "Pro skhvalennia Kontseptsii rozvytku elektronnoho uriaduvannia v Ukraini". *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy.* (2010). 97, 3443. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/250287124 [in Ukrainian].

Baranov, O., Semenchenko, A. (2009). *Kontseptsiia rozvytku elektronnoho uriaduvannia v Ukraini.* URL: https://www.irf.ua/files/ukr/conception_final.pdf [in Ukrainian].

Skladovi elektronnoho uriaduvannia. *Pravova informatyka.* (2012). URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/12fvmseu.pdf [in Ukrainian].

Zakon Ukrainy "Pro osnovni zasady rozvytku informatsijnoho suspil'stva v Ukraini na 2007-2015 roky". URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/537-16/ [in Ukrainian].

Zakon Ukrainy "Pro elektronni dokumenty ta elektronnyj dokumentoobih. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15/ [in Ukrainian].

"Derzhava u smartfoni». URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-technology/2709578-derzava-u-smartfoni-na-bankovij-anonsuvali-prezentaciu-dla-ekspertiv-i-gromadan.html [in Ukrainian].

Резюме

Костенко І.В. **Принципи електронного урядування.**

У ході аналізу принципів електронного урядування було сформульовано ще два додаткових принципи: принцип партнерства та принцип відповідальності посадової особи. Принцип партнерства полягає у сприйнятті громадян та їх об'єднань як рівноправних партнерів у процесі прийняття управлінських рішень. У законі повинна бути визначена міра відповідальності посадовця за невиконання прийнятих на себе зобов'язань.

Ключові слова: електронне урядування, принципи електронного урядування.

Резюме

Костенко И.В. **Принципы электронного управления.**

В работе предложено дополнить общепризнанные принципы электронного управления принципом партнерства и принципом ответственности должностного лица за принятое решение. Принцип партнерства заключается в восприятии граждан и их объединений как равноправных партнеров в процессе принятия управленческих решений. Также нужно закрепить в законе норму, согласно которой за незаконные действия или бездействие должностное лицо должно привлекаться к ответственности.

Ключевые слова: электронное управление, принципы электронного управления.

Summary

Irina Kostenko. **Principles of e-Governance.**

Formulation of the problem. In the early 21st century, the concept of e-government, E-government, emerged in the world. The young independent Ukrainian state, which inherited the archaic governance mechanism, has not stayed away from this global trend.

As of today, Ukraine has developed progressive regulatory framework for implementing any of the existing e-government models in the world. Ukraine, in terms of implementation of e-governance, is a young country. There is already some experience in the world practice, there are several basic models of e-government: Anglo-American, European, Asian models.

Thus, the choice of topic was determined by the social and scientific relevance of the studied issue, the lack of its theoretical and methodological development.

Formulating the purpose of the article. The purpose of the study is the content and principles of e-governance and the state of its implementation in the sphere of public administration of Ukraine.

At the time of writing, the author came to the following **conclusions**. Today, there is no unanimous opinion in the scientific community regarding the definition of "e-governance".

On the one hand, e-government is seen as a system of interagency interaction, as a concept of increasing the efficiency and transparency of the activity of public authorities, which should minimize the involvement of the official person. In the process of writing the work, the following definition was formed: e-government is a form of public administration that promotes the efficiency and transparency of the activity of state and local self-government bodies using information and telecommunication technologies to ensure the further development of a democratic society. Also, two additional principles were formulated in the analysis of e-Government principles in accordance with the Government Concept: the partnership principle and the responsibility of the official person. The principle of

partnership is to perceive citizens and their associations as equal partners in the decision-making process. The law should specify the degree of responsibility of the official person for non-compliance with the adopted decisions.

Key words: e-governance, principles of e-governance.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.20

УДК 342.9

В.А. МИКОЛАЄЦЬ

Вікторія Анатоліївна Миколаєць, *кандидат юридичних наук, докторант МАУП**

ORCID: 0000-0002-9731-3884

ЗРАЗКОВІ ТА ТИПОВІ СПРАВИ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ ЛИТВИ

Постановка проблеми. Згідно зі ст. 55 Конституції України[1] кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Тобто гарантування захисту прав громадян у відносинах з адміністративними органами є обов'язком держави, який став однією із першопричин створення в Україні адміністративної юстиції, яка, з одного боку, захищає права громадян, а, з іншого, забезпечує законність діяльності органів державної влади. Із самого початку створення адміністративної юстиції в наший державі вітчизняний законодавець опирався на досвід іноземних держав, передусім європейських. Йдеться не про механічне перенесення окремих елементів зарубіжних моделей, а про реформування національного законодавства згідно з чинними соціально-політичними умовами, досвідом більш розвинених держав, а також із урахуванням національних правових традицій. Тож теоретичні та прикладні розробки щодо запровадження в Україні адміністративної юстиції європейського зразку не втрачають своєї актуальності, а тому дослідження будь-яких правових інститутів доречно здійснювати крізь призму досвіду тих держав, які успішно їх впровадили в свої правові системи.

В основу механізму зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві ліг інститут пілотних рішень, які виносить Європейський суд з прав людини. З часу прийняття першого пілотного рішення застосування даного інструменту було спрямовано насамперед на зменшення навантаження на суди та суддів. За своєю сутністю пілотні рішення Європейського суду з прав людини являють собою вказівки державним органам на існування системної проблеми, яка стосується великої кількості осіб, та рекомендації щодо усунення виявлених порушень. Шляхом впровадження інституту пілотних рішень було розв'язано одразу два завдання: по-перше, впроваджено інститут, спрямований на вирішення багаторазово повторюваних проблем; по-друге, даний механізм сприяв вирішенню справ, що випливають зі стійкого системного неправильного функціонування адміністративних і правозастосовних органів правової системи держави. Як зазначається в науковій літературі, така процедура була впроваджена у багатьох судових системах Європи: в Угорщині, Португалії, Франції, Італії, Австрії, Словенії, Литві. Водночас існує практика, коли європейські країни відмовились від впровадження таких процедур. Наприклад, законодавці Латвії аргументували свою незгоду з даним нововведенням можливими запереченнями учасників процесу проти визначення справи як типової для постанови зразкового рішення; тим, що фактичні обставини у справі можуть різною мірою відрізнятися, а суд може їх врахувати як ідентичні; а також тим, що у зв'язку із запровадженням цього інституту зросте навантаження на Верховний Суд[2]. Україна у даному контексті стала на сторону держав, у яких функціонують механізми зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві, і при цьому відсутня певна єдина модель, досвід якої було запозичено Україною. Український варіант зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві не був повністю скопійований із певної конкретної моделі й має свої особливості.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Серед дослідників зарубіжних моделей механізму зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві відзначимо внесок таких, як: С.В. Боднар, М.А. Бояринцева, А.В. Журавльов, В.В. Ільков, І.А. Качур, І.В. Мирончук, Л.І. Пахолок, В.Б. Пчелін, А.О. Селіванов, Т.Г. Стрілець, А.О. Черникова, В.І. Шишкін. Але водночас варто враховувати те, що праці перелічених авторів були присвячені більш загальним питанням адміністративного судочинства, які у тому числі стосувалися й інститутів зразкових та типових справ. Також із даного приводу варто зазначити, що впровадження даних механізмів у Кодексі адміністративного судочинства України[3] не применшило актуальності наукових досліджень зарубіжних моделей, а навпаки, надало таким дослідженням важливого значення. Зарубіжний досвід функціонування механізмів зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві має вивчатись і надалі з метою вдосконалення чинного законодавства, практики його застосування, продовження процесу приведення існуючої правової системи до міжнародних стандартів.

© В.А. Миколаєць, 2019

* ***Victoria Mykolayets,*** *Ph.D. in Law, Doctoral candidate of the Interregional Academy of Personnel Management*

Формулювання мети статті. Метою статті є встановлення специфіки зразкових та типових справ у адміністративному судочинстві Литви.

Виклад основного матеріалу дослідження. Окрім провідних держав Європейського Союзу вважаємо, що Україні варто опиратись на досвід держав, близьких історично, соціально-політично, територіально. Україна та ряд європейських держав розбудовували власні правові системи із ідентичних витоків, тому такий досвід буде легше запровадити у вітчизняну систему адміністративного судочинства.

Однією із держав, досвід якої варто дослідити першочергово, є Литва. Актуальність звернення до аналізу законодавства даної держави зумовлена низкою причин, як пов'язаних безпосередньо із механізмами зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві, так і причинами, не пов'язаними із цим. По-перше, варто враховувати те, що Литва підписала угоду про асоціацію із Європейським Союзом ще в червні 1995 р.[4], а вже в 1998 р. подала заявку про вступ до Європейського Союзу[5]. Тобто, по суті, Литва реалізувала нині задекларовані Україною цілі більш ніж на півтора десятки років раніше, аніж Україна[6]: обидві держави після здобуття незалежності вони стикнулись зі схожими політичними, економічними та соціальними проблемами, обидві держави на початку 90-х років минулого століття розпочали будівництво незалежних держав із проголошення курсу на вступ до Європейського Союзу. І при цьому на сучасному етапі Литва являє собою успішну європейську державу та є важливим стратегічним партнером України. По-друге, Литва є державою, яку варто віднести до групи держав континентальної моделі забезпечення єдності судової практики. У цій державі функціонує Вищий адміністративний суд Литви, а Законом Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029[7] регламентовано інститути зразкових та типових справ. По-третє, на відміну від свого сусіда, Латвії, Литва не відмовилась від механізмів зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві, які успішно функціонують і дотепер. Сам тому дослідження досвіду функціонування механізмів зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві Литви у контексті європейської інтеграції є одним із першочергових.

Питання зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві в Литві урегульовується нормами Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029, у якому цим механізмам присвячено Главу 4 Розділу II «Модельний судовий процес». На нашу думку, термін «модельний» відповідає вітчизняному аналогу «зразковий». Одним із значень терміна «модельний», згідно з Великим тлумачним словником сучасної української мови, є «зразковий, взірцевий примірник»[8]. Тобто модельна адміністративна справа в адміністративному судочинстві Литви є тотожним поняттям до зразкової адміністративної справ в адміністративному судочинстві України. Щодо типових справ, то в законодавстві Литви вони визначаються як «однорідні». Наприклад, у ст. 127 Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029 йдеться про індивідуальні однорідні справи. «Однорідний», згідно із Великим тлумачним словником сучасної української мови, означає «який характеризується однаковими рисами, ознаками»[9]. Схожим чином можна пояснити і термін «типовий» – «який визначається ознаками, властивими якій-небудь сукупності осіб, явищ, предметів і т.д.»[10]. А отже, між індивідуальними однорідними справами в адміністративному судочинстві Литви та типовими адміністративними справами в адміністративному судочинстві України також можна провести чіткі зв'язки та взаємозалежності.

Зміст ст. 127 Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029 є схожим до змісту ст. 290 Кодексу адміністративного судочинства України[11]. Так само визначається, що якщо в провадженні одного чи різних адміністративних судів перебуває декілька індивідуальних однорідних справах, одна або декілька із них можуть бути розглянуті у порядку модельної адміністративної справи. При цьому, на відміну від законодавства України, законодавство Литви передбачає мінімальну кількість індивідуальних однорідних справ, необхідних для провадження у модельній адміністративній справі. Доцільно зауважити, що в ч. 1 ст. 290 Кодексу адміністративного судочинства України вітчизняний законодавець вжив розмите формулювання «кількість яких визначає доцільність ухвалення зразкового рішення». У свою чергу, законопроект № 6232[12] передбачав мінімальну кількість – 10 типових справ. Литовське законодавство (ч. 2 ст. 127) у даному контексті передбачає, що у разі, якщо в одному або декількох окружних адміністративних судах розглядаються понад 20 індивідуальних однорідних справ, одна або більше із зазначених справ можуть розглядатися в спеціальному порядку і називатися модельним справою (модельними справами). Тож даний досвід, на нашу думку, міг би бути взятий до уваги вітчизняним законодавцем, адже в цій роботі ми вже вказували на те, що невизначеність у кількості типових справ, наявність яких зумовлює потребу в ухваленні зразкового рішення, є однією із основних практичних проблем правового регулювання механізмів зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві.

Аналізуючи зміст ст. 128 Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029[13], звернемо увагу на те, що ініціювати відкриття провадження у модельній справі може голова окружного адміністративного суду за клопотанням судді (колегії суддів) шляхом винесення ухвали. Так само голову окружного адміністративного суду наділено компетенцією об'єднувати кілька індивідуальних однорідних або модельних справ в одну модельну справу. Голова Вищого адміністративного суду Литви вступає у дану процедуру лише у тому випадку, коли декілька індивідуальних однорідних або модельних справ знаходяться в різних окружних адміністративних судах. У такому випадку Голова своїм рішенням здійснює їх об'єднання в одну модельну справу, а також утворює колегію суддів для розгляду даної справи. Для порівняння, згідно із ч. 3 ст. 290 Кодексу адміністративного судочинства України[14], вирішення питання про відкриття провадження у зразковій справі, відмова у відкритті провадження у зразковій справі та розгляд

зразкової справи здійснюється колегією суддів Верховного Суду у складі не менше п'яти суддів. Тобто питання відкриття провадження у зразковій справі повністю перебуває в компетенції Верховного Суду нашої держави. У даному контексті зробимо висновок, що все ж в Україні даний механізм є більш досконалим. Надання головам місцевих адміністративних судів повноважень ініціювати відкриття провадження у зразковій справі значно ускладнило б практичне застосування зразкових рішень. Це може призвести до неоднорідності зразкової практики, прийняття різних рішень у типових справах. На нашу думку, більш доцільно повністю передати дану компетенцію у відання Верховного Суду – так, як це і було зроблено в Україні. Це є гарантією однозначності у зразкових справах та додатковою гарантією того, що в типових справах, які характеризуються ідентичними ознаками, не будуть прийняті різні рішення.

Так само як і в Україні, в Литві учасники модельного процесу інформуються про відкриття провадження у такій справі шляхом публікації повідомлення про це на офіційному веб-ресурсі Вищого адміністративного суду Литви[7]. У контексті України дане положення відзначалось нами як доречне. Втім, вказувалось на те, що в сучасних умовах воно може призвести до певних ускладнень в інформуванні, із огляду на порівняно низький відсоток користувачів всесвітньої мережі «Інтернет» серед населення нашої держави. Для порівняння, станом на липень 2019 р. користувачами Інтернету були близько 90,9 % населення Литви[15]. Отже, дане положення є значно ефективнішим для Литви. У контексті України нами зроблено висновок, що все ж на даному етапі більш доречно передбачити альтернативні способи повідомлення учасників зразкової справи.

Аналізуючи положення ч. 4 ст. 128 Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029[16], зазначимо, що провадження у типовій справі так само, як і в Україні, призупиняється у зв'язку із відкриттям провадження у зразковій справі. Проте, якщо в Україні може бути оскаржене лише рішення у типовій чи зразковій справі, то в Литві сторонам типових справ також надано право оскаржувати ухвалу суду про призупинення розгляду однорідної (типової) справи для розгляду модельної (зразкової) справи на тій підставі, що справа, яка розглядається, не відповідає критеріям типовості. На нашу думку, таке положення було б доречно запозичити у вітчизняне законодавство, оскільки на даному етапі учасники адміністративних спорів позбавлені можливості впливати на провадження в зразкових спорах, не зважаючи на те, що вони безпосередньо стосуються їхніх прав. Варто враховувати те, що розгляд справи Верховним Судом як зразкової, може негативно вплинути на забезпечення прав сторін – наприклад, це може суттєво затягнути розгляд справи, або ж рішення буде прийняте, опираючись на висновки Верховного Суду, а не на реальні обставини справи. Тому, на наше переконання, варто надати можливість сторонам типової справи оскаржувати ухвалу про відкриття провадження у зразковій справі.

Згідно із ч. 1 ст. 129 Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029, модельна справа розглядається колегією окружного адміністративного суду в складі трьох суддів, а розгляд модельних справ у Вищому адміністративному суді Литви здійснюється розширеною колегією суддів або пленарною сесією суду. Для порівняння, в Україні розгляд зразкової справи здійснюється колегією суддів Верховного Суду у складі не менше п'яти суддів[17]. Частиною 3 цієї статті передбачено можливість залучення заінтересованої особи до розгляду зразкової справи у разі подання такої заяви та встановлення судом того, що участь такої особи є обов'язковою для належного розгляду модельної справи. Звернемо увагу на те, що в Україні відсутній механізм ініціювання власної участі в зразковій справі.

Аналізуючи процедуру провадження у індивідуальних однорідних справах у Литві, регламентованій у ст. ст. 130 та 131 Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029, доходимо висновку, що вона є ідентичною до провадження в типових справах в Україні. Так само, розгляд однорідної справи призупиняється до винесення модельного рішення, так само, після набрання законної сили рішенням суду в модельній справі, провадження в індивідуальній справі поновляється. Рішення в модельній справі публікується на веб-ресурсі Вищого адміністративного суду Литви, і про нього повідомляються усі місцеві адміністративні суди. Після набрання законної сили рішення у модельній справі індивідуальні однорідні спори можуть розглядатись в спрощеному порядку – одним суддею, у порядку письмового провадження. На нашу думку, даний досвід було б доцільно запровадити і в Україні, оскільки це відповідає тим цілям, для досягнення яких, власне, і було запроваджено механізми зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві – це сприятиме спрощенню проваджень у типових справах та розвантаженню судів. У ч. 4 ст. 131 Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029[18] здійснено уточнення, що такий скорочений розгляд можливий лише у тому випадку, якщо законність і обґрунтованість рішення суду першої інстанції в модельній справі була перевірена в апеляційному порядку у Вищому адміністративному суді Литви або якщо Вищий адміністративний суд Литви ухвалив рішення в модельній справі. Встановлення даного положення зумовлене тим, що рішення в модельних справах у Литві, як зазначалось нами, можуть прийматись місцевими адміністративними судами. В Україні такою компетенцією наділений лише Верховний Суд, а отже, регламентація такої додаткової гарантії не потрібна.

Загалом, підсумовуючи дослідження досвіду Литви щодо правового регулювання зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві, ми дійшли висновку про існування низки свідчень того, що при розробці механізмів зразкових та типових справ український законодавець міг звернутись до досвіду даної держави. Зміст § 3 Глави 11 Розділу II «Позовне провадження» Кодексу адміністративного судочинства України та Глави 4 Розділу II «Модельний судовий процес» Закону Литви «Про провадження в адміністративних справах» від 14 січня 1999 р. № VIII-1029[19] у багатьох моментах є ідентичним. У процесі аналізу нами виді-

лено такі особливості правового регулювання зразкових та типових справ в адміністративному судочинстві Литви, які відрізняють його від української моделі правового регулювання цих інститутів:

1) зразкові й типові справи дістали назву «модельних» та «індивідуальних однорідних», проте їх сутність є ідентичною;

2) зразкові справи можуть розглядатись місцевими адміністративними судами;

3) для відкриття провадження у зразковій справі необхідне перебування у провадженні одного або декількох адміністративних судів щонайменше 20 типових адміністративних справ;

4) ухвала щодо відкриття провадження у зразковій справі може бути оскаржена учасниками типової справи;

5) після набрання законної сили рішенням у зразковій справі типові справи можуть розглядатись у спрощеному порядку.

Висновки. Не кожна із встановлених відмінних рис має бути беззаперечно упроваджена у вітчизняне законодавство. Втім, нами виділено три основних напрями, за якими такі зміни були б доречними:

– визначення мінімальної кількості типових адміністративних справ, необхідних для відкриття провадження у зразковій справі.

У даній роботі нами було запропоновано декілька варіантів того, яким чином можна було б удосконалити формулювання ч. 1 ст. 290 Кодексу адміністративного судочинства України[20]. Із урахуванням положень законодавства Литви, зміст цієї частини можна було б сформулювати наступним чином:

«[…] 1. Якщо у провадженні одного або декількох адміністративних судів перебуває двадцять або більше типових адміністративних справ, суд, який розглядає одну чи більше таких справ, може звернутися до Верховного Суду з поданням про розгляд однієї з них Верховним Судом як судом першої інстанції […]».

– можливість оскарження ухвали суду про призупинення розгляду типової справи для її розгляду в порядку зразкової.

Частиною 1 ст. 291 Кодексу адміністративного судочинства України передбачено, що суд, який розглядає типову справу, має право зупинити провадження за клопотанням учасника справи або за власною ініціативою у випадку, якщо Верховним Судом відкрито провадження у відповідній зразковій справі. На нашу думку, надання учасникам справи та суду рівних прав ініціювати зупинення розгляду типової справи означає, що сторони також мають бути рівними і у правах щодо оскарження такої ініціативи. При цьому очевидно, що єдиною підставою для такого оскарження має бути невідповідність справи, яка розглядається, ознакам типової справи.

Для цього пропонуємо внести наступні зміни до ст. 291 Кодексу адміністративного судочинства України:

1) доповнити її наступним положеннями:

«[…] 2. У разі зупинення провадження за ініціативою суду, який розглядає типову справу, ухвала суду про зупинення провадження може бути оскаржена на тій підставі, що справа, яка розглядається, не відповідає критеріям, передбаченим частиною 1 статті 290 цього Кодексу […]»;

2) привести у відповідність до цього положення зміст усієї статті 291;

– розгляд типової справи, яка відповідає ознакам, викладеним у рішенні Верховного Суду за результатами розгляду зразкової справи, у порядку спрощеного позовного провадження.

Для цього:

1) пропонуємо доповнити ст. 291 Кодексу адміністративного судочинства України положеннями наступного змісту:

«[…] 4. Після набрання законної сили рішення Верховного Суду у зразковій справі типова справа розглядається за правилами спрощеного позовного провадження з урахуванням особливостей, визначених цією статтею. Суд постановляє ухвалу про розгляд типової справи за правилами спрощеного позовного провадження і протягом трьох робочих днів надсилає її учасникам процесу. Ухвала про розгляд типової справи за правилами спрощеного позовного провадження не може бути оскаржена.

5. У передбаченому в частині 4 цієї статті спрощеному порядку можуть розглядатись лише ті типові справи, які були порушені після набрання законної сили рішення Верховного Суду у зразковій справі […]»;

2) привести у відповідність до цих положень зміст усієї статті 291.

---

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

[2] Стрілець Т.Г. Судова реформа: навіщо потрібні типові і зразкові справи : веб-ресурс «Судово-юридична газета». URL: https://sud.ua/uk/news/laws/109238-sudebnaya-reforma-zachem-nuzhny-tipichnye-i-obraztsovye-dela (дата звернення: 22.12.2019).

[3] Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2005. № 35. 35–36. 37. С. 1358. Ст. 446.

[4] Europe Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Lithuania, of the other part. Official Journal of the European Communities L. 1998. Vol. 41, № 51. P. 3–242.

[5] Гаряча Ю.П. Адаптація законодавства країн Балтії до надбання спільноти (acquis communautaire): досвід для України. *Науковий вісник Академії муніципального управління.* Серія: Управління. 2012. Вип. 2. С. 193–200.

[6] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Міжнародний документ від 27.06.2014 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Т. 1. С. 83. Ст. 2125.

[7] О производстве по административным делам: Закон Литовской Республики от 14.01.1999 г. № VIII-1029. URL: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/1ac36e42c13d11e682539852a4b72dd4?jfwid=11dyheynok (дата звернення: 25.12.2019).

[8] Великий тлумачний словник сучасної української мови / гол. ред. В.Т. Бусел, редактори-лексикографи: В.Т. Бусел, М.Д. Василега-Дерибас, О.В. Дмитрієв, Г.В. Латник, Г.В. Степенко. Київ : Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

[9] Там само.

[10] Там само.

[11] Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2005. № 35. 35–36. 37. С. 1358. Ст. 446.

[12] Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів № 6232 від 23.03.2017 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення: 23.12.2019).

[13] О производстве по административным делам: Закон Литовской Республики от 14.01.1999 г. № VIII-1029. URL: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/1ac36e42c13d11e682539852a4b72dd4?jfwid=11dyheynok (дата звернення: 25.12.2019).

[14] Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2005. № 35. 35–36. 37. С. 1358. Ст. 446.

[15] Internet in Europe Stats. Internet User Statistics & 2019 Population for the 53 European countries and regions: Internet World Stats. URL: https://internetworldstats.com/stats4.htm (дата звернення: 24.12.2019).

[16] О производстве по административным делам: Закон Литовской Республики от 14.01.1999 г. № VIII-1029. URL: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/1ac36e42c13d11e682539852a4b72dd4?jfwid=11dyheynok (дата звернення: 25.12.2019).

[17] Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2005. № 35. 35–36. 37. С. 1358. Ст. 446.

[18] О производстве по административным делам: Закон Литовской Республики от 14.01.1999 г. № VIII-1029. URL: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/1ac36e42c13d11e682539852a4b72dd4?jfwid=11dyheynok (дата звернення: 25.12.2019).

[19] Там само.

[20] Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2005. № 35. 35–36. 37. С. 1358. Ст. 446.

[21] Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів № 6232 від 23.03.2017 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення: 23.12.2019).

References:

Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy № 254k/96-VR. (1996, chervnia 28). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 30, 141 [in Ukrainian].

Strilets, T.H. Sudova reforma: navishcho potribni typovi i zrazkovi spravy : veb-resurs «Sudovo-yurydychna hazeta». URL: https://sud.ua/uk/news/laws/109238-sudebnaya-reforma-zachem-nuzhny-tipichnye-i-obraztsovye-dela [in Ukrainian].

Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy: Zakon Ukrainy № 2747-IV. (2005, lypnia 6). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 35, 35–36, 37, 1358, 446 [in Ukrainian].

Europe Agreement establishing an Association between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Lithuania, of the other part. (1998). *Official Journal of the European Communities.* L. 41, 51, 3–242 [in English].

Hariacha, Yu.P. (2012). Adaptatsiia zakonodavstva krain Baltii do nadbannia spilnoty (acquis communautaire): dosvid dlia Ukrainy. *Naukovyi visnyk Akademii munitsypalnoho upravlinnia.* Seriia: Upravlinnia, 2, 193–200 [in Ukrainian].

Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony: Mizhnarodnyi dokument vid 27.06.2014 (2014, veresnia 26). *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy,* 75, 1, 83, 2125 [in Ukrainian].

O proyzvodstve po admynystratyvnym delam: Zakon Lytovskoi Respublyky № VIII-1029. (1999, yanvaria 14). URL: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/1ac36e42c13d11e682539852a4b72dd4?jfwid=11dyheynok [in Russian].

Busel, V.T. (hol. red.). (2005). Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy. K. : Irpin : Perun [in Ukrainian].

Proekt Zakonu pro vnesennia zmin do Hospodarskoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy ta inshykh zakonodavchykh aktiv № 6232 (2017, bereznia 23). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 [in Ukrainian].

Internet in Europe Stats. Internet User Statistics & 2019 Population for the 53 European countries and regions: Internet World Stats. URL: https://internetworldstats.com/stats4.htm [in English].

Резюме

Миколаєць В.А. **Зразкові та типові справи в адміністративному судочинстві Литви.**

У статті проаналізовано специфіку зразкових та типових справ у адміністративному судочинстві Литви. Досліджено зміст кожного виду і виділено особливості адміністративно-правового регулювання даних питань у Литві. Виведено та сформульовано напрями запозичення позитивного досвіду у національне адміністративне законодавство.

Ключові слова: зразкові справи, типові справи, адміністративне судочинство, адміністративне законодавство, правосуддя.

Резюме

Миколаец В.А. **Примерные и типовые дела в административном судопроизводстве Литвы.**

В статье проанализирована специфика примерных и типовых дел в административном судопроизводстве Литвы. Исследовано содержание каждого вида и выделены особенности административно-правового регулирования данных вопросов в Литве. Выведены и сформулированы направления заимствования положительного опыта в национальное административное законодательство.

Ключевые слова: примерные дела, типичные дела, административное судопроизводство, административное законодательство, правосудие.

Summary

Victoria Mykolayets. **Example and typical cases in the administrative judiciary of Lithuania.**

In the article the specifics of model and typical cases in Lithuanian administrative proceedings are analyzed. The content of each type is investigated and features of administrative and legal regulation of these issues in Lithuania are highlighted.

The mechanism of model and typical cases in administrative justice was the institute of pilot decisions rendered by the European Court of Human Rights. Since the first pilot decision was made, the use of this tool was primarily aimed at reducing the burden on courts and judges. At its core, the pilot decisions of the European Court of Human Rights provide guidance to public authorities on the existence of a systemic problem with a large number of persons and recommendations to remedy the identified violations. By implementing the Institute of Pilot Solutions, two tasks were solved at once: first, an institute aimed at solving repeated problems was introduced; secondly, this mechanism facilitated the resolution of cases arising from the persistent systemic malfunctioning of the administrative and law enforcement bodies of the legal system of the state

The following features of the legal regulation of model and typical cases in the administrative judiciary of Lithuania are distinguished, which distinguish it from the Ukrainian model of legal regulation of these institutions:

1) model and typical cases were called "model" and "individual homogeneous", but their essence is identical;

2) model cases may be heard by local administrative courts;

3) at least 20 typical administrative cases must be kept in the proceedings of one or more administrative courts in order to open an exemplary case;

4) the decision to open a case in an exemplary case may be appealed by the participants of a typical case;

5) after the entry into force of a decision in an exemplary case, typical cases may be considered in a simplified manner.

The directions of borrowing positive experience in the national administrative legislation are outlined and formulated.

Key words: exemplary cases, typical cases, administrative justice, administrative legislation, justice.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.21

УДК 342:124.5

О.Р. РАДИШЕВСЬКА

Олеся Ростиславівна Радишевська, *кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка, суддя Касаційного адміністративного суду в складі Верховного Суду*[*]

ORCID: 0000-0002-3262-7487

ВПЛИВ ПРОЦЕСУ ГЛОБАЛІЗАЦІЇ НА НАЦІОНАЛЬНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО: МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ ДИСКУРС

Постановка проблеми. Еволюція завдань і функцій органів публічної влади під впливом внутрішніх і зовнішніх змін, що відбуваються у національній правовій системі кожної держави, а також на наднаціональному, міжнародному, глобальному рівнях, розвивається багатовекторно. Сучасна епоха цивілізаційного розвитку – це епоха диджиталізації, інформаційних технологій, а отже, і глобалізації, що охоплює динамічні міжнародні інтеграційні процеси у всіх напрямах життєдіяльності людини, зокрема у публічно-правовій сфері, що регулюється нормами адміністративного права крізь призму цінностей верховенства права.

На початку 2000-х рр. англійський учений П. Джонсон (*P. Johnson*) висловив думку, що великою справою минулого століття було наскрізне запровадження принципу верховенства права в суверенних державах, а справою наступного – його поширення на міжнародному і глобальному рівнях. При цьому робота над реалізацією першого проекту ще триває, а от другий – тільки починається[1].

Глобалізація – це не тільки незворотний, а й необхідний процес, оскільки є певною культурною системою, яка дає змогу обмінюватися знаннями не тільки між поколіннями, але й між народами[2]. Проте досить критично процес глобалізації оцінюють учені В. Хаттон (*W. Hutton*) та А. Гідденс (*A. Giddens*). На їхню думку, він приводить не до уніфікації різних держав, не до об'єднання в єдиний ринок, а, навпаки, до різноспрямованості розвитку, до посилення відмінностей між державами, кожна з яких по-своєму реагує на виклики глобалізації, до глибоких трансформацій конфліктності та непередбачуваності світової системи господарювання[3].

Ступінь наукової розробки проблеми. У наукових розвідках кінця XX ст. із політології, соціології, економіки і правознавства зарубіжні вчені та практики все більше звертають увагу на процес глобалізації та його вплив на еволюційний розвиток суспільства. Окреслені проблеми детально досліджували представники західноєвропейської і англосаксонської наук: З. Бауман, З. Бжезинські, Д. Белл, Л. Браун, Е. Гор, Г. Гарт,

© О.Р. Радишевська, 2019

[*] ***Olesya Radyshevska,*** *Ph.D. in Law, Associated Professor, Associated Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv, judge of Administrative Cassation Court of the Supreme Court*

П. Бергер, П. Бурдьє, П. Б'юкенен, Е. Гідденс, Д. Стігліц, Г. Тебнер, Дж.Терборн, А. Урсул, Д. Хелд, М. Шапіро та ін. Однак феномен впливу глобалізації на національне адміністративне право, його співвідношення з глобальним, були предметом дослідження лише деяких вітчизняних учених-адміністративістів, зокрема Б. Кормича і А. Пухтецької, і великої кількості зарубіжних, зокрема Д. Барак-Ереса, С. Баттіні, М. Дональдсон, М. Зелінські, С. Кадельбаха, С. Кассесе, Дж. Катругалоса, Б. Кінсбері, Н. Кірча, С. Ладі, Б.Г. Матрелли, С. Маркса, У. Маттлі, Дж. Олсена, Дж.Р. Ореллани, О. Переса, Р. Стюарта, Й. Сувай, К. Харлоу, П. Шведо, С.В. Шілла, Е. Чіті та ін.

Виклад основного матеріалу дослідження. Серед ознак глобального громадянського суспільства, що є підґрунтям глобалізації, називають кроскультурність як взаємодію представників різних культур, тобто міжкультурність, міжнародність, міжетнічність і міжнаціональність. Одним із наслідків цього є культурна дифузія, тобто стихійне й неконтрольоване запозичення культурних цінностей, яка має і позитивні, і негативні аспекти[4]. Це свідчить про те, що глобалізація приводить до своєрідної національної відкритості, основним інструментом якої є вирішення проблем, що уможливлюють всебічний зв'язок і залежність однієї нації від іншої[5].

Для вирішення проблем реалізації та захисту прав людини і громадянина в публічно-правовій сфері (у глобальному вимірі) виникла концепція глобального адміністративного права (*Global Administrative Law – GAL*), фундаторами якої у 2005 р. були представники Інституту міжнародного права та юстиції Школи права Нью-Йоркського університету, зокрема Б. Кінсбері (*B. Kingsbury*) та М. Дональдсон (*M. Donaldson*). На їхню думку, концепція охоплює поєднання правових норм, принципів та інституційних правил, що застосовуються до процесу публічного адміністрування, який здійснюється способами, що стосуються не лише внутрішньодержавного права, а й структури політичної влади; адміністрування здійснюється у межах глобального адміністративного простору, спричиняючи розмиття національного та міжнародного, публічного та приватного вимірів[6].

Зауважимо, що в профільній юридичній літературі зустрічаються й інші терміни для характеристики поняття «глобальне адміністративне право» – «нове адміністративне право», «міжнародне адміністративне право», «наднаціональне адміністративне право» тощо. Проте метою нашого дослідження є з'ясування впливу глобалізації на національне адміністративне право суверенних держав, зокрема України, крізь призму глобального адміністративного права, і вказані терміни будуть вживатися як синоніми, хоча детальний їх аналіз вказує на суттєві відмінності. При цьому незмінним є твердження, що міжнародне адміністративне право наближається у своєму значенні до глобального адміністративного права[7].

Однак правові системи не всіх країн світу готові до викликів глобалізації та впливу на публічно-правову сферу глобальних принципів, стандартів, процедурних правил та інших механізмів, що стосуються підзвітності, прозорості, участі осіб у глобальному врядуванні (*Global Governance*), які формуються глобальними регулятивними інституціями (міжурядовими та неурядовими міжнародними організаціями). Так, зарубіжні політологи та правники відзначають «відчуженість» Сполучених Штатів Америки у питаннях активної участі в діяльності міжнародних організацій для прийняття глобальних «правил гри» і їхню імплементацію в національне адміністративне право, хоча й США часто називають «головним рушієм розбудови верховенства права на міжнародному рівні»[8].

Також деякі вчені-адміністративісти Російської Федерації вбачають у глобалізації національного адміністративного права «некритичне підлаштування під Захід», «здачу суверенітету і національних інтересів для задоволення імперіалістичного конкурента»[9], «абсурдність існування», адже в міжнародному адміністративному праві ключовим має бути метод консенсусу, а внутрішньонаціональному – метод влади та підпорядкування[10]. Проте потрібно зауважити, що окремі російські дослідники, зокрема Ю.О. Тихомиров, О.Б. Зеленцов, Н.І. Побежимова визнають неминучий вплив процесу юридичної інтеграції на адміністративне право РФ, коли долаються концептуальні кордони міжнародного правового порядку і формується новий нормативний комплекс, нові доктринальні конструкції і правові відносини, що створюють глобальне адміністративне право.

Процеси глобалізації висувають нові вимоги до системи функціонування національних систем публічного адміністрування, які мають стати дієвим та ефективним засобом у вирішенні складних міжкультурних суперечностей, особливо тих, які виникають у процесі гармонізації механізмів спільного функціонування національних держав у світовому просторі, а отже, й узгодження відносин між державами та налагодження ефективних форм взаємодії, що певною мірою може сприяти забезпеченню відкритості і прозорості сфери міжнародних відносин[11]. Цей процес не тільки сприяє появі глобального адміністративного права, а й створює широке, універсальне визнання його принципів, стандартів, процедур і механізмів.

Отже, виникає т.зв. глобальна гомологізація засад національного адміністративного та міжнародного права в різних правових системах. Цей процес, на думку зарубіжних дослідників, зумовлює рух до виникнення та становлення *lex administrativa*[12]. Тому, розглядаючи правове регулювання адміністративно-правових відносин у глобалізаційному вимірі, неможливо не враховувати наявних світових інтеграційних процесів, зокрема процесів міждержавної інтеграції у сфері адміністративного права. Водночас потрібно зазначити, що в Україні найактивніше розвиваються європейська та євроатлантична інтеграції з огляду на намір держави стати повноцінним членом Європейського Союзу й Організації Північноатлантичного договору.

Глобалізація об'єктивно веде до появи транснаціональних елементів адміністративно-правового регулювання, що посилило взаємозв'язок національного адміністративного права з міжнародним адміністратив-

ним правом. Так, на думку іноземних дослідників, глобальне адміністративне право перебуває на шляху до *lex administrativa*, що охоплює такі сфери: міжнародну юриспруденцію як засіб глобального адміністративного права; глобальне екологічне право; глобальне право та глобальний конституціоналізм; права людини у глобальній публічній адміністрації; глобальне адміністративне право та директиви ЄС; порівняльне право як засіб глобального права, глобалізації та верховенства права; міжнародну поліцію та глобальні процедури; глобальне адміністративне право та двосторонні інвестиційні договори; стандарти США та ЄС щодо глобалізації та її поширення у світовому просторі[13].

Водночас А. Пухтецька у своїх дослідженнях зосереджує увагу на інших елементах глобального адміністративного права, а саме: формах, методах і засобах впливу транснаціональних адміністрацій; гарантіях справедливого порядку прийняття суб'єктами глобального адміністративного права (особливо на глобальному та міжнародному рівнях) правил і рішень, що мають загальний характер; визначенні підстав та органів, уповноважених переглядати такі рішення; а також питанні притягнення до відповідальності відповідних суб'єктів глобального адміністративного права[14].

Як бачимо, із процесом глобалізації національного адміністративного права з'являється щонайменше три чинники, які «глибоко і міцно інтегрують адміністративне право у транснаціональний правовий простір»[15] та які Б. Кормич характеризує так.

По-перше, це вплив на внутрішнє законодавство джерел права, які мають зовнішнє походження. Однак такий вплив може полягати не тільки в класичному застосуванні положень міжнародних угод замість національних нормативно-правових актів, а й у встановленні певних міжнародних стандартів щодо особливостей застосування національного законодавства (наприклад, однакове або недискримінаційне застосування).

По-друге, це розширення кола іноземних суб'єктів, які здійснюють функції публічного адміністрування. На міжнародному рівні це проявляється у виконанні міжнародними організаціями певних адміністративних функцій. На міждержавному – у підвищенні впливу актів іноземних адміністративних агенцій, необхідності врахування інтересів іноземних суб'єктів під час формування горизонтальних зв'язків між національними правовими режимами.

По-третє, це поширення адміністративно-правового регулювання на ті види діяльності, що виникли завдяки розвитку сучасних інформаційно-комунікаційних технологій (телекомунікації, електронний документообіг, електронні платежі). Формування уніфікованих адміністративно-правових норм у таких сферах обумовлюється єдиними стандартами і технологіями[16].

З огляду на зазначене, дослідження проблем правового регулювання адміністративно-правових відносин у сучасний період неможливе без урахування міжнародних інтеграційних процесів як наслідку глобалізації. У процесі створення цілісного законодавства, що підпорядковується єдиній правовій логіці, потрібно зважати і на загальні глобальні тенденції, і на різноманітну природу національних правових систем.

Загальновідомо, що в країнах континентальної правової системи (у більшості країн) стосовно принципів і норм міжнародного права діє імперативний принцип сумлінного дотримання міжнародних зобов'язань (*pacta sunt servanda*), а також принцип «дружнього ставлення до міжнародного права», що також застосовується Конституційним Судом України, зокрема в рішенні від 01 червня 2016 р. № 2рп/2016 (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу)[17] та рішенні від 08 вересня 2016 р. № 1-13/2016 (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій)[18]. Така взаємодія міжнародного і національного права зумовлює насамперед універсалізацію і максимальне зближення сфер правового регулювання міжнародного права і національного права, зокрема й адміністративного.

Також, на думку англійського вченого Дж. Тербона (*G. Therborn*), така універсалізація закономірно приводить до взаємопов'язаності та комунікативності між правовими системами[19]. Зважаючи на універсалізм загального міжнародного права, усі нормативні системи інтеграційних об'єднань у Європейському Союзі пов'язані із загальним міжнародним правом в єдину систему міжнародного права як правову форму організації і регулювання світового інтеграційного процесу. Тож цей принцип забезпечує глобальність світового простору із врахуванням принципових відмінностей правового регулювання у тій чи іншій державі.

Варто зауважити, що одним з дієвих інструментів глобалізації є підвищення ролі та впливу на чинне і проектне адміністративне законодавство, навчальну дисципліну і науку адміністративного права, практику адміністративних судів саме положень міжнародно-правових договорів, ратифікованих Україною. Основоположними та наскрізними є, на нашу думку, Загальна декларація прав людини (1948 р.), Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), а також Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (2014 р.), що доповнюють вітчизняне адміністративне право нормами-принципами глобального (європейського) адміністративного права.

Проте в умовах глобалізації «право стає щораз складнішою системою і передбачити все в законах неможливо»[20]. Тому слушною видається думка М. Смоковича, що саме в умовах глобалізації підвищується роль судової практики адміністративних судів у вирішенні питань, пов'язаних із правовим регулюванням адміністративно-правових відносин, адже воно є більш гнучким і динамічним – відповідає викликам сьогодення[21].

Водночас зміни, пов'язані з глобалізацією, і викликана у зв'язку із цим необхідність у наднаціональному регулюванні адміністративно-правових відносин, безпосередньо стосуються законотворчого процесу, що

пов'язаний з розробкою і прийняттям внутрішньодержавних нормативно-правових актів. Результатом цього є прийняття і законодавчих актів, і міждержавних (міжурядових) угод. Такий підхід, наприклад, закладений в основу створення єдиного глобального (європейського) адміністративного простору.

Розглядаючи питання про характер взаємодії глобального та національного адміністративного права України під час формування адміністративно-правових регуляторів у сфері публічного адміністрування, потрібно відштовхуватися, на наш погляд, насамперед від оцінки двох взаємопов'язаних чинників: щораз глибшої і більш різнобічної «включеності» суб'єктів публічної адміністрації України в міждержавні інтеграційні угоди у сфері регулювання адміністративно-правових відносин, а також рівноправної і рівноцінної, у формально-юридичному сенсі, волі нашої держави, що лежить в основі міжнародних (міжурядових) угод.

Отже, питання щодо взаємодії національного і міжнародного адміністративного права в умовах глобалізації пов'язані з істотними змінами у правовому регулюванні певних сфер адміністративно-правових відносин. Серед них можемо виокремити кілька блоків відносин, що так чи інакше дотичні до системи національного адміністративного права, зокрема: врегулювання глобальних викликів стабілізації демографічних процесів, захисту біженців і переміщених осіб (вплив на міграційне право); глобальний економічний та науково-технічний розвиток (вплив на адміністративно-господарське право, економічне, освітянське, наукове право); створення глобальної правової культури і правового менталітету (вплив на аксіологію адміністративного права); створення транснаціональної політичної структури і світового уряду (вплив на систему органів виконавчої влади); розвиток міжнародного правового регулювання у сфері перевезень різними видами транспорту (вплив на транспортне, повітряне право), діяльності в космосі (вплив на космічне право), на морі (вплив на морське право); функціонування глобальної системи оподаткування і митних платежів (вплив на податкове і митне право), захисту навколишнього середовища (вплив на екологічне право), права охорони здоров'я (вплив на медичне право), права телекомунікацій (вплив на телекомунікаційне право); міжнародна система діяльності правоохоронних органів (вплив на поліцейське право) тощо.

Тож у сучасних умовах глобалізації суттєвий вплив на (ре)формування національних правових систем та її складових, серед яких і адміністративне право, мають основні механізми політики, економіки, культури. Від означених механізмів залежить баланс розвитку глобального громадянського суспільства, що лежить в основі глобального права, адже політика є механізмом підтримання стабільності, стратегічного розвитку і безпеки, економіка – виробництва товарів, надання послуг, ринкового обміну, культура – закріплення у свідомості норм моралі та релігії, цінностей і знань.

Реформування національної публічної адміністрації є однією з передумов інтеграції України до європейських і світових політичних та економічних структур, зокрема ЄС та НАТО. Тому для формування національного адміністративного права надзвичайно важливо враховувати міжнародні тенденції у правовому регулюванні адміністративно-правових відносин, оскільки в сучасних умовах важко розвивати закриту, повністю залежну тільки від внутрішніх національних чинників галузь публічного права, що має фундаментальне характер.

З огляду на це, у розвитку національного адміністративного права в умовах глобалізації можливо виділити такі основні тенденції:

1) гармонізація адміністративного права, що проявляється у прагненні виробити єдиний загальний підхід до адміністративно-правового регулювання у світовому масштабі («єдині правила гри»). Зрозуміло, що ступінь розвитку цієї тенденції в межах різних держав не є однаковим, оскільки існують різні рівні міжнародної і міждержавної інтеграції, європеїзації і глобалізації;

2) застосування для правового регулювання адміністративно-правових відносин норм-принципів: загальних (верховенства права, рівності, справедливості, гуманізму тощо), міжгалузевих, спеціально-юридичних (відповідальності тільки за винні протиправні дії, взаємних прав та обов'язків тощо), а також правових цінностей. В умовах глобалізації саме міжнародні загальні норми-принципи, що мають в основі аксіологічну складову, відіграють ключову роль у системі адміністративно-правових регулятивних засобів впливу на різні сегменти публічного адміністрування;

3) поряд із національними законодавчими актами (*hard law*), що зберігають своє домінантне становище в системі національних джерел адміністративного права, зароджується як джерело і м'яке право (*soft law*) міжнародних організацій, практика національних і міжнародних судових органів, зокрема Міжнародного Суду ООН, Європейського суду з прав людини та Європейського суду справедливості, а також лібералізується використання інструментарію приватного права, ураховуючи особливості регулювання публічної сфери, зокрема адміністративно-правового договору;

4) розвиток наукових досліджень і викладання у закладах вищої освіти природи глобалізації та її впливу на національну правову систему, а також напрямів формування глобального адміністративного права, з розумінням того, що це динамічний процес (а не явище), який «добровільно» моделює певні сегменти адміністративного права суверенних держав, адже відсутня система інституалізованого апарату нормотворення, правозастосування, правового захисту порушених прав і відповідальності за таке порушення.

Висновки. Зважаючи на геополітичне, демографічне, соціально-економічне, правове становище України, на нашу думку, має бути максимальна заінтересованість органів публічної влади в тому, щоб якомога ефективніше запроваджувати міжнародно-правові інструменти процесів глобалізації, європеїзації та міжнародної інтеграції для введення України в глобальний (європейський) адміністративний простір. Державна політика, побудована на міжнародно-правових регуляторах публічної сфери, дає змогу діяти на випереджен-

ня, що робить її свідомо ефективною у відстоюванні власних національних інтересів і збереженні правових традицій.

У підсумку можемо стверджувати, що імплементація міжнародних норм-принципів, стандартів, процедур, що функціонують у світовому масштабі, допоможе Україні покроково будувати європейську суверенну, незалежну, демократичну, соціальну, правову державу, основним обов'язком якої є утвердження й забезпечення прав і свобод людини, де людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаватимуться найвищою соціальною цінністю, а отже, дієвим проявом людоцентризму.

---

[1] Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / пер. з англ. А. Іщенка. Київ: Вид. дім «Києво-Могилян. акад.», 2007. С. 146.

[2] Войтович Р.В. Вплив глобалізації на систему державного управління (теоретико-методологічний аналіз): монографія / за ред. В.М. Князєва. Київ: Вид-во НАДУ, 2007. С. 8.

[3] Anheier H. Introducing Global Civil Society. *Global Civil Society: 2001* / ed. H. Anheier, M. Glasius, M. Kaldor, A. Giddens. Oxford: Oxford Univ. Press; Roma, 2001. P. 20.

[4] Бєльська Т.В. Державна політика та державне управління в умовах впливу глобального громадянського суспільства: дис. … д-ра наук з держ. упр.: 25.00.01. Дніпро, 2017. С. 136.

[5] Войтович Р.В. Вказана праця. С. 8.

[6] Kingsbury B., Donaldson M. Global Administrative Law. Oxford Public International Law: Oxford University Press, 2015. URL: http://opil.ouplaw.com (viewed on 10.11.2019).

[7] Таманага Б. Вказана праця. С. 182.

[8] Quigley J. The New World Order and the Rule of Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. 1992. Vol. 18. № 1. Article 6. P. 83 (P. 74–110).

[9] Дёмин А.А. Дискуссия о влиянии глобализации на возникновение международного административного права. *Актуальные вопросы публичного права*. Омск, 2015. № 1. С. 31.

[10] Там само. С. 37.

[11] Войтович Р.В. Вказана праця. С. 8.

[12] Global Administrative Law: The Casebook / ed. E. Cavalieri, B. Carotti, L. Casini, E. MacDonald, S. Cassese. 3 ed. IRPA-IILJ, 2012. P. 607.

[13] Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa / ed. J. Robalino-Orellana, J. Rodríguez-Arana Muñoz. London: Cameron May, 2010. P. 31–56.

[14] Пухтецька А.А. Формування глобального адміністративного права. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки.* 2013. Т. 144–145. С. 117.

[15] Schill S.W. Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization. *Jean Monnet Working Paper*. New York University School of Law, 2013. № 5/13. P. 2.

[16] Кормич Б.А. Глобалізація адміністративного права та митне законодавство. *Lex Portus*. 2017. № 5 (7). С. 20–21.

[17] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 01.06.2016 р. № 2-рп/2016. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16 (дата звернення: 10.11.2019).

[18] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п'ятої статті 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій) від 08.09.2016 р. № 6-рп/2016. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-16 (дата звернення: 10.11.2019).

[19] Therborn G. Globalizations: Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance. *International Sociology*. 2000. Vol. 15 (2). P. 152.

[20] Лукашук И.И. Глобализация и право. *Государство и право*. 2005. № 12. С. 113.

[21] *Смокович М.І.* Адміністративне судочинство як фактор глобалізації захисту прав людини. *Юридичний вісник «Повітряне і космічне право»*. 2012. № 23. URL: http://jrnl.nau.edu.ua/index.php/UV/article/view/6510 (дата звернення: 10.11.2019).

References:

Tamanaha, B. Verkhovenstvo prava: istoriia, polityka, teoriia / per. z anhl. A. Ishchenka. Kyiv: Vyd. dim «Kyievo-Mohylian. akad.», 2007 [in Ukrainian].

Voitovych, R.V. (2007). Vplyv hlobalizatsii na systemu derzhavnoho upravlinnia (teoretyko-metodolohichnyi analiz): monohrafiia / za zah. red. d-ra filos. nauk, prof. V.M. Kniazieva. Kyiv [in Ukrainian].

Anheier, H. (2001). Introducing Global Civil Society. *Anheier, H., Glasius, M., Kaldor, M.* (eds.) Global Civil Society: 2001. Oxford: Oxford Univ. Press; Roma [in English].

Bielska, T.V. (2017). Derzhavna polityka ta derzhavne upravlinnia v umovakh vplyvu hlobalnoho hromadianskoho suspilstva: dys. d-ra nauk z derzh. upr.: 25.00.01. Dnipro [in Ukrainian].

Kingsbury, B., Donaldson, M. (2015). Global Administrative Law. Oxford Public International Law: Oxford University Press, 2015 [in English].

Quigley, J. (1992). The New World Order and the Rule of Law. *Syracuse Journal of International Law and Commerce.* 18 (1) [in English].

Djomin, A.A. (2015). Diskussija o vlijanii globalizacii na vozniknovenie mezhdunarodnogo admiinistrativnogo prava. *Aktual'nye voprosy publichnogo prava*. 1 [in Russian].

Cavalieri, E., Carotti, B., Casini, L., MacDonald, E., Cassese, S. (eds.) (2012). Global Administrative Law: The Casebook. 3 ed. [in English].

Javier Robalino-Orellana, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (eds.) (2010). Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa. London [in English].

Pukhtetska, A.A. (2013). Formuvannia hlobalnoho administratyvnoho prava. *Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky*. 144–145 [in Ukrainian].

Schill, S.W. (2013). Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization. *Jean Monnet Working Paper*. New York University School of Law. 5/13 [in English].

Kormych, B.A. (2017). Hlobalizatsiia administratyvnoho prava ta mytne zakonodavstvo. *Lex Portus*. 5 (7) [in Ukrainian].

Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhennia tretoho rechennia chastyny pershoi statti 13 Zakonu Ukrainy «Pro psykhiatrychnu dopomohu» (sprava pro sudovyi kontrol za hospitalizatsiieiu nediiezdatnykh osib do psykhiatrychnoho zakladu) vid 01.06.2016 № 2-rp/2016. *Baza danykh «Zakonodavstvo Ukrainy»* / VR Ukrainy [in Ukrainian].

Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen chastyny p'iatoi statti 21 Zakonu Ukrainy «Pro svobodu sovisti ta relihiini orhanizatsii» (sprava pro zavchasne spovishchennia pro provedennia publichnykh bohosluzhin, relihiinykh obriadiv, tseremonii ta protsesii) vid 08.09.2016 № 6-rp/2016. *Baza danykh «Zakonodavstvo Ukrainy»* / VR Ukrainy [in Ukrainian].

Therborn, G. (2000). Globalizations: Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance. *International Sociology*. 15 (2) [in English].

Lukashuk, I.I. (2005). Globalizacija i pravo. *Gosudarstvo i pravo*. 12, 113 [in Russian].

Smokovych, M.I. (2012). Administratyvne sudochynstvo yak faktor hlobalizatsii zakhystu prav liudyny. *Yurydychnyi visnyk «Povitriane i kosmichne pravo»*. 23 [in Ukrainian].

Резюме

Радишевська О.Р. **Вплив процесу глобалізації на національне адміністративне право: міжнародно-правовий дискурс.**

У статті досліджено вплив процесу глобалізації на національне адміністративне право. Зазначено, що сучасна епоха цивілізаційного розвитку – це епоха глобалізації, яка охоплює динамічний розвиток міжнародних інтеграційних процесів у всіх напрямах життєдіяльності людини, зокрема й у публічно-правовій сфері, що регулюється нормами адміністративного права крізь призму цінностей верховенства права. Для вирішення проблем реалізації та захисту прав людини і громадянина в публічно-правовій сфері (у глобальному вимірі) виникла концепція глобального адміністративного права (*Global Administrative Law*). Наголошено, що процес глобалізації створює широке, універсальне визнання принципів та концепцій, яких потребує глобальне адміністративне право. Зроблено висновок, що імплементація міжнародних норм-принципів, стандартів, процедур, що функціонують у світовому масштабі, допоможе Україні покроково побудувати європейську державу, основним обов'язком якої є утвердження й забезпечення прав і свобод людини.

Ключові слова: глобалізація, європеїзація, глобальне адміністративне право, публічне адміністрування, міжнародні стандарти, правова держава, права людини.

Резюме

Радышевская А.Р. **Влияние процесса глобализации на национальное административное право: международно-правовой дискурс.**

В статье исследовано влияние процесса глобализации на национальное административное право. Отмечено, что современная эпоха цивилизационного развития – это эпоха глобализации, охватывающая динамичное развитие международных интеграционных процессов во всех направлениях жизнедеятельности человека, в том числе и в публично-правовой сфере, регулируется нормами административного права сквозь призму ценностей верховенства права. Для решения проблем реализации и защиты прав человека и гражданина в публично-правовой сфере (в глобальном измерении) возникла концепция глобального административного права (Global Administrative Law). Отмечено, что процесс глобализации создает широкое, универсальное признание принципов и концепций, в которых нуждается глобальное административное право. Сделан вывод, что имплементация международных норм-принципов, стандартов, процедур, функционирующих в мировом масштабе, поможет Украине пошагово построить европейское государство, основной обязанностью которой является утверждение и обеспечение прав и свобод человека.

Ключевые слова: глобализация, европеизация, глобальное административное право, публичное администрирование, международные стандарты, правовое государство, права человека.

Summary

Olesya Radyshevska. **The influence of Globalization on National Administrative Law: International Legal discourse.**

The present article provides the analyses of the influence of globalization on national administrative law. It is noted that the modern era of civilizational development is an era of globalization, encompassing the dynamic development of international integration processes in all directions of human life, particular, in the public sphere, which is regulated by the rules of administrative law through the prism of the values of the rule of law. In order to resolve the issues of realization and protection of human rights in the public sphere (in the global dimension) the concept of Global Administrative Law emerged. This concept encompasses the combination of legal rules, principles and institutional rules applicable to the process of public administration, which is carried out in ways that apply not only to domestic law but also to the structure of political power; administration takes place within the global administrative space, causing a blurring of national and international, public and private dimensions.

The author has emphasized that globalization place new demands on the system of functioning of national public administration systems, which should become an effective tool in solving complex intercultural contradictions, especially those arising in the process of harmonization of the mechanisms of joint functioning of national states in the world, and therefore harmonization of relations between the states and establishment of effective forms of cooperation, which to a certain extent can contribute to ensuring openness and transparency of the sphere of international relations.

This process not only contributes to the emergence of global administrative law, but also creates a broad, universal recognition of the principles and concepts that global administrative law requires. It is concluded that the implementation of international norms, standards, procedures that operate on a global scale will help Ukraine to gradually build a European, sovereign, independent, democratic, social, legal state, whose main responsibility is to promote and protect human rights and freedoms, where a individual, his or her life and health, honor and dignity, integrity and security will be recognized as the highest social value as an effective mechanism of human-centered concept.

Key words: Globalization, Europeanization, Global Administrative Law, Public Administration, International Standards, Rule of Law, Human Rights.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.22

УДК 323.2

М.Б. СЕЛІНА

Марія Броніславівна Селіна, *кандидат юридичних наук, заступник завідувача кафедри Національної академії Служби безпеки України*[*]

ORCID: 0000-0002-2454-0605

СПЕЦІАЛЬНА ІНФОРМАЦІЙНА ОПЕРАЦІЯ: ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ

Постановка проблеми. Глобалізація та стрімкий розвиток інформаційно-комунікативних технологій привнесли значні зміни на сталі погляди ведення військово-політичного протиборства. Зростання ролі інформаційних технологій та засобів масової інформації (далі – ЗМІ) призвели до поступового переходу конфліктів з суто збройного протиборства в інформаційний простір, який став новим «полем» протистояння. Інформаційні технології стали використовуватися в якості ключового засобу досягнення військово-політичних цілей різних держав, а інформація стала зброєю, яка не наносить фізичної шкоди безпосередньо, проте може стати «детонатором» для початку значних деструктивних процесів у суспільстві, у тому числі відправною точкою початку збройного протистояння. Зважаючи на це, більшість розвинених країн світу стали використовувати можливості спеціальних інформаційних операцій (далі – СІО) у власних цілях, у т.ч. з метою отримання переваги над супротивником без застосування зброї. На користь цього свідчать чисельні сучасні локальні конфлікти, перебіг яких ілюструє, що за допомогою використання сучасних інформаційно-комунікативних технологій можна якісно змінити характер бойових дій, а перемогу отримує та сторона, яка має інформаційну перевагу. Варто також зауважити, що за допомогою проведених СІО було спровоковано більшість сучасних конфліктів та кризових ситуацій. Проте все ж таки негативні або позитивні аспекти СІО залежать від суб'єкта їх проведення та мети, задля досягнення якої їх проводять. На жаль, у нашій країні розуміння СІО часто має негативне забарвлення. Головним чином, це пов'язано з тим, що їх потужні можливості широко використовуються Російською Федерацією для дестабілізації ситуації в Україні, маніпулювання суспільною думкою світової спільноти у вигідному для російського керівництва напрямку, а також і для впливу на розвиток суспільно-політичної ситуації всередині самої РФ.

Отже, сьогодні можна впевнено стверджувати, що СІО стали потужною зброєю сучасності, яка дає змогу суб'єкту їх проведення підготувати фундамент для забезпечення власних політичних, військових, економічних та інших інтересів, як на власній території, так і в інших країнах.

У зв'язку з цим необхідно констатувати, що вивчення та розуміння феномена СІО в усіх його аспектах, у т.ч. вміння якісно протидіяти проведенню деструктивних СІО з боку супротивників, у сучасний період є однією з головних передумов забезпечення національних інтересів країни. Тому, враховуючи багатогранність цього явища, різноманітність форм та методів його здійснення, вбачається необхідним дослідження виникнення та становлення цього феномена, вивчення історичних фактів використання елементів СІО у військово-політичних протистояннях, проведення аналізу динаміки їх реалізації та наслідків проведення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням історичних аспектів зародження та розвитку СІО, вивченням їх ролі у збройних конфліктах в різні часи та епохи, займалися науковці та практичні працівники різних країн світу.

В Україні вивченням цього явища та історії його виникнення займались провідні вітчизняні вчені та науковці: В. Говоруха, В. Домарєв, О. Литвиненко, В. Остроухов, В. Петрик, Г. Перепелиця, Г. Почепцов, О. Старіш, Є. Скулиш, В. Толубко та інші. У Росії відповідному напряму досліджень присвячено роботи В. Лисичкіна, І. Панаріна, В. Прилуцького, С. Расторгуєва, Л. Шелепіна та інших, а в далекому зарубіжжі – П. Дракера, Д. Рісмана, Т. Рона, Д. Тапскотта, Е. Тоффлера, Х. Шрадера та інших авторів.

Разом із тим у вітчизняній науковій літературі питання застосування методів та форм СІО у військово-політичних конфліктах, як у сучасному часі, так і у різні періоди історії, висвітлені досить фрагментарно.

© М.Б. Селіна, 2019

[*] ***Maria Selina,*** *Ph.D. in Law, Deputy head of Department of the National Academy of Security Service of Ukraine*

Загалом така література містить загальні історичні відомості про використання окремих елементів СІО. Зважаючи на зазначене, проведення дослідження становлення та розвитку СІО, аналіз історичних фактів використання елементів СІО та вивчення динаміки їх застосування і наслідків проведення вважаємо необхідним й своєчасним.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань **метою** статті є висвітлення становлення та розвитку СІО, дослідження і аналіз взаємозв'язку між науково-технічним прогресом та трансформацією її форм та методів проведення у різні періоди історії людства, вивчення впливу СІО на хід військово-політичного протиборства.

Виклад основного матеріалу. Як явище спеціальні інформаційні операції не є винаходом сьогодення. Такі методи інформаційно-психологічного впливу (далі – ІПВ), як дезінформація, пропаганда, залякування, які сьогодні використовуються для проведення СІО, мають дуже давню історію. Їх зародження почалось у глибокий давнині одночасно з виникненням збройного протистояння, як складова частина збройної боротьби у вигляді психологічного засобу ослаблення бойового духу супротивника та підняття бойового духу власних сил. З розвитком та удосконаленням інформаційних технологій розвивались та удосконалювалися і методи ІПВ. Так, відповідно до виду носіїв інформації та способу її розповсюдження можна виділити чотири етапи розвитку цих методів: вербальний, паперовий, технічний та телекомунікаційний.

На першому етапі у якості основного носія та розповсюджувача інформації виступала людина. Способи передачі інформації обмежувалися вербальними технологіями, а саме: виступами ораторів, релігійних діячів, розповсюдженням чуток, а також використанням наочних засобів залякування.

На цьому етапі почалося залякування противника власною бойовою міццю (іноді уявною), застосування дезінформації, використання пропагандистських написів на каменях, деревах та будівлях. Відомості про перші спроби здійснення інформаційних операцій, зокрема використання методів ІПВ, містяться у стародавніх літописах, релігійній, філософській літературі та ін. Так, у Біблії розповідається історія Гедеона, який так залякав супротивника, що той розгубився і вдарив по своїх військах[1].

Одними із найдавніших джерел, в яких згадується про застосування прийомів інформаційного протиборства, можна вважати «Стратагеми», – систематизовані у Стародавньому Китаї стратегії, що застосовувалися в політиці та військовій діяльності, які були схемами опосередкованого способу впливу, неявного маніпулювання чужою поведінкою, а також «Трактат про військове мистецтво» китайського полководця Суньцзи, який можна назвати однією з перших робіт з проведення інформаційних операцій[2]. Сунь-цзи першим аргументував необхідність інформаційного впливу на супротивника. Він наголошував, що вінець мистецтва – підкорити супротивника без бою. У трактаті підкреслюється необхідність отримання інформації про супротивника, психологічної обробки власних населення і війська з метою досягнення єдності в суспільстві, здійснення інформаційних диверсій для розладнання військових союзів ворожої держави з іншими державами тощо[3], важливе місце відводиться використанню т. зв. «шпигунів смерті» для дезінформації противника.

Дезінформація та пропаганда широко застосовувалися і в Стародавній Греції та Римі. Зокрема, потужним пропагандистським засобом став твір Юлія Цезаря «Записки про Галльську війну». Приклади й поради щодо здійснення психологічного впливу на окремих осіб та війська противника за воєнних та мирних умов містяться у працях відомого візантійського історика Прокопія Кесарійського. Відомості про окремі факти ІПВ, спрямованого на розпалювання суперечностей у таборі супротивника, містяться у працях грецького історика Геродота. Загалом у творах античних авторів, зокрема Софокла, Фемістокла, Демосфена, Ісократа, Плутарха тощо чимало уваги приділено створенню методів впливу на свідомість людини[4]. До речі, класичним прикладом дезінформації є «троянський кінь», який зіграв вирішальну роль у троянській війні, а вираз «троянський кінь» наразі у колі професійних розвідників використовується для позначення операцій із дезінформації противника з подальшою його поразкою.

Методи ІПВ продовжують розвиватися та удосконалюватися в епоху Середньовіччя. Значний внесок у розвиток інформаційних операцій зробили араби часів Халіфату і монголо-татари, які розвинули деякі форми впливу на моральний стан своїх ворогів. Зокрема, останні широко застосовували дезінформацію противника та пропаганду. Пропаганда, що породжувала песимістичні настрої в таборі противника, була доведена монголами до великої досконалості. Так, під час походу в Південний Китай (1234–1271 рр.) монголам, які зіштовхнулися з величезною армією держави Сун, удалося деморалізувати її шляхом поширення чуток про зраду уряду, і, щоб підтвердити чутки фактами, монголи через свою агентуру дійсно підкупили одного високопоставленого чиновника й самі ж допомогли викрити його[5]. Цей випадок негативного інформаційного впливу монголо-татар на війська противника і підриву морального стану населення за допомогою прийомів пропаганди можна назвати одним із методів, що використовується для проведення спеціальних інформаційних операцій.

Із збільшенням грамотності населення почався «паперовий» етап, який характеризувався розповсюдженням листування, початком друкування книг, газет та ін. У цей же період з'явився ефективний засіб для розповсюдження пропагандистських матеріалів чи дезінформації – листівка.

Значних результатів з удосконалення засобів впливу на ворога досягли в Ордені єзуїтів у першій половині XVI століття. Крім здійснення систематизованого морального тиску на своїх противників, представники цього ордену вперше започаткували використання листівок, лозунгів та організували фахову підготовку його членів, яким доручалася справа дискредитації противника у воєнні та мирні часи.

Методи ІПВ продовжують широко використовуватися і у війнах Середньовіччя, для чого почалось застосування друкованих ілюстрованих «інформаційних» листівок. У цей же період Н. Макіавелі у творі

«Государь» значну увагу приділяє проблемам інформаційного впливу на підданих та противників, ретельно розглядає питання доцільності акцій залякування та демонстрації правителем різних чеснот як необхідного боку політичної діяльності[6].

Попри поступовий розвиток та поширення інформаційного впливу тогочасний рівень розвитку суспільства і науки не давав можливості значного зростання їх ролі в суспільному житті.

Поворотним моментом у історії інформаційних операцій став винахід друкарського станка та удосконалення видавничої справи. Книгодрукування і поява публічного друкованого інформаційного видання – газети – створили необмежені можливості для використання методів ІПВ у різних сферах суспільного життя. На даному етапі одна із ключових ролей у розвитку інформаційних операцій у військових умовах належить Наполеону Бонапарту, бойовим операціям якого передувало розповсюдження чуток про значну чисельну перевагу його військ, після чого розповсюджувалися памфлети та листівки. Для цього в армії Наполеона використовувалася польова типографія з комплектом іноземних шрифтів[7]. При Наполеоні в поліцейській системі створено відділи преси, театру і газет, до яких запрошувалися кращі журналісти країни. Їх використовували для пропаганди, дискредитації опозиції в країні та за її межами.

Пропаганду та дезінформацію противника успішно використовувало багато монархів та полководців того часу. Про використання інформації для досягнення поставленої мети під час війни свідчать твори та діяльність Клаузевіца, Жофа, Суворова, Кутузова, Мілютіна, Міхневича та інших[8].

Так, широким використанням специфічних тактичних прийомів, що мали національний характер та вживались як елемент військово-психологічного супроводу бойових дій, характеризувався один із найвидатніших періодів нашої історії, Козацька доба, під час якого відбувся розквіт розвідувальної та контррозвідувальної діяльності. Український дослідник Т. Чухліб наголошує, що на території Центральної та Східної Європи гетьман Богдан Хмельницький започаткував проведення прототипів СІО, використовував їх у багатьох битвах, особливо на початку Визвольної війни у 1648 році. Зокрема, шляхом поширення дезінформації він намагався посіяти паніку та невпевненість у власних силах серед ворожого війська. Узимку 1651 р. була проведена одна з найбільш грандіозних у ті часи в Європі розвідувально-психологічна операція. До Корони Польської були направлені близько двох тисяч українських шпигунів, які, зокрема, поширювали чутки про величезну бойову могутність армії Богдана Хмельницького, тим самим викликаючи панічні настрої серед місцевого населення[9].

Проте неправильно стверджувати, що до цього козаки не використовували методи психологічного впливу. Так, Северин Наливайко, Петро Конашевич-Сагайдачний, Михайло Дорошенко, Іван Сулима, Дмитро Байда-Вишневецький та ін. започаткували традиції козацького військового мистецтва, т.зв. «військові хитрощі», елементи військово-психологічного супроводження бойових дій. За часів козацтва сягнули високого рівня розвиток та організація польової сторожово-розвідувальної служби, зовнішньої розвідки, контррозвідувальних заходів. При цьому завдяки всенародній підтримці стала особливо ефективною діяльність козацької розвідки, що, у свою чергу, стало можливим у результаті вміло проведеної пропаганди та формуванню позитивної думки про запорозьке військо серед місцевого населення. Дезінформація ворога вже у ті часи була одним із важливих методів зовнішньої розвідки козаків, за допомогою якого козаки поширювали панічні настрої у супротивника, організовували повстання, а також здобували розвідінформацію[10]. Дезінформація проводилася головним чином двома шляхами: через агентів, які вдавали з себе перебіжчиків з козацького табору, та через мужніх патріотів, які потрапляли до ворога і, приймаючи мученицьку смерть на тортурах, повідомляли ворогу «необхідну» інформацію. Зокрема, це спостерігалось під час боїв під Корсунем, Старокостянтиновом, Пилявцями, у ході Берестечкової кампанії тощо[11].

З середини XIX ст. винахід нових носіїв інформації – фотографії та наступне відкриття електрики й нових засобів розповсюдження інформації – телеграфу, телефону, радіо, кіно, а пізніше – телебачення дав поштовх початку третього «технічного» етапу розвитку та удосконаленню методів ІПВ. На цьому етапі значно посилилася наочність та образність засобів інформаційного впливу, збільшились можливості накопичення та зберігання інформації будь-якого об'єму. Стало можливим здійснення масового інформаційного впливу на населення різних країн світу. Можна стверджувати, що саме цей етап став переламним у розвитку та удосконаленні методів ІПВ. На цьому етапі відбувся перехід із суто військового їх використання у політичну площину. Поворотним пунктом у розвитку інформаційних операцій стала Перша світова війна, під час якої сторони намагалися вплинути на перебіг конфлікту за допомогою інформації та медіа. При штабах армій створювалися відповідні відділи й підрозділи, які організовували «війну слів» – агітацію супротивника. Пропаганда серед війська і населення противника з випадкової зброї перетворилася на один із провідних військових інструментів. Слід зауважити, що у 1874 р. на Брюссельській конференції з регламентації звичаїв війни вперше засуджено використання дезінформації. Декларацію цієї конференції було підтверджено на наступних Гаазьких конференціях у 1899–1907 роках. У підсумку жодна держава не перестала використовувати метод дезінформації як особливий військовий арсенал, а в офіційних військових документах, у т.ч. уставах, які були видані вже після Першої світової війни, дезінформацію «закамуфлювали» термінами «активне і пасивне тактичне та оперативне маскування»[12].

Розвиток науки та техніки у XX ст. дав змогу значно удосконалити технологічну основу для проведення інформаційних операцій, що зробило їх одним із найефективніших засобів досягнення зовнішньо та внутрішньополітичних цілей. Вже у 20-х рр. минулого століття США поширювали радіопередачі на регіони своїх «традиційних інтересів» країни Латинської Америки. Великобританія – на свої колонії. Німеччина, яка домагалася

перегляду умов Версальського миру – на німців Померанії і Верхньої Сілезії у Польщі, Судетів у Чехії. Тоді ж, у 30-х рр., інформаційні операції перестають бути додатком до збройних конфліктів і перетворюються на самостійне явище – як-от: німецько-австрійська радіовійна 1933–34 рр. з приводу приєднання Австрії до рейху[13].

На початку 1939 р. міністерством пропаганди і штабом верховного командування Вермахту підписана угода «Про ведення пропаганди в період війни», де пропаганда розглядалась у якості найважливішого засобу ведення війни, який за своєю роллю прирівнювався до одного з родів військ.

Під час Другої світової війни супротивники активно застосовували такі самі методи інформаційних операцій, що й під час Першої світової війни. Гітлер надавав надзвичайно великого значення пропаганді. При цьому характерною рисою фашистської пропагандистської діяльності було ґрунтовне використання наукових розробок у цій сфері. Зокрема, настільними книгами рейхсміністра пропаганди Гебельса були праці Е. Бернейса. Необхідно також звернути увагу на високу ефективність пропагандистської діяльності у військовий період спеціалістів з Англії та США.

З кінця 40-х до середини 80-х рр. минулого століття у світі відбулося чимало військових конфліктів – у Кореї, В'єтнамі, Афганістані, військові операції проти Іраку тощо, в яких також активно застосовувалися методі СІО. Але матеріально-технічна оснащеність, а, відповідно, й руйнівний потенціал таких операцій був незрівнянно вищій, ніж у роки Другої світової війни. Це зумовлено подальшим технічним прогресом та зростаючою роллю і місцем інформації у житті суспільства. Провідні країни світу використовували досвід, набутий під час проведення інформаційних операцій у Другій світовій війні. У 1949 р. в США була прийнята настанова FM-33-5 «Ведення операцій психологічної війни». У цьому документі зазначалось, що найважливішим засобом проведення інформаційно-психологічних операцій є пропаганда як система заходів із поширення політичної інформації, а також наводилася її класифікація за джерелом – «біла», «сіра», «чорна»; а також за змістом – політична й воєнна[14]. А вже у 1979 р. з'явився статут, який визначив концепцію, принципи організації та ведення інформаційно-психологічних операцій у збройних силах США – FM-33-1 «Психологічні операції»[15]. На початку 80-х рр. минулого століття роль інформаційно-психологічного впливу, інформаційних операцій у системі забезпечення національної безпеки США різко зросла і продовжувала удосконалюватися з урахуванням нових технічних та комунікативних можливостей. Так, яскравим та дієвим прикладом успішного проведення інформаційної операції з використанням можливостей ЗМІ та їх впливу на кінцевий результат була війна проти Іраку, що отримала назву «Буря в пустелі», де нові інформаційні технології вперше були застосовані у військових цілях. Окремі дослідники цієї війни зазначали, що війна в зоні Перської затоки може бути визначена як перша повномасштабна війна нового етапу в функціонуванні військових сил в умовах створення глобального інформаційного простору. «Буря в пустелі» стала першою в історії війною в прямій телетрансляції. Американські військові, використовуючи «м'яку цензуру», фактично вилучили з інформаційного поля повідомлення, в яких виправдовувалась протилежна сторона. Інформаційна операція ЗС США в Перській затоці проводилася за двома основними напрямами. Перший стосувався зовнішньополітичної сфери, метою якого було забезпечення підтримки контрзаходів проти Іраку, а також зміцнення позицій антиіракської коаліції. Другий напрям торкався безпосередньо військової сфери і спрямовувався на погіршення морально-психологічного стану населення та особового стану ЗС Іраку, що впливало на їх боєздатність[16].

Наприкінці XX ст. полем для проведення СІО стають не лише традиційні мас-медіа, а Інтернет та соціальні мережі, що пов'язано зі значним розвитком цифрових і комп'ютерних технологій, їх глобалізацією. Так, під час конфлікту в Югославії вперше для проведення СІО була використана мережа Інтернет. Зокрема, мережею поширювалась інформація щодо «звірств» сербських солдат, приводились різні факти і погляди політиків та експертів тощо. Результатом вдало проведених західними спеціалістами СІО стала фактична капітуляція сербських збройних сил.

Сьогодні мережа Інтернет активно використовується Російською Федерацією для проведення СІО проти України, для чого російська сторона створює підконтрольні соціальні мережі, Інтернет-ЗМІ тощо. Зокрема, «кампанії» Російської Федерації із введення збройних сил та подальшої окупації АР Крим, «підтримки ополченців» так званих ДНР/ЛНР супроводжувалися діями, які мали всі ознаки підготовлених та продуманих за цілями, заходами та наслідками СІО, скерованих, з одного боку, на російську аудиторію, а, з іншого боку, на українську та західну аудиторію. Аналіз подій в АР Крим та на сході України свідчить, що Російською Федерацією реалізується проти України сценарій гібридної війни, де ключову роль, поряд із застосуванням сил спеціальних операцій, відведено саме СІО.

Отже, останні події, зокрема в Перській затоці в січні 1991 р., Югославії у 1999 р., і, звісно, гібридна війна на території нашої країни окреслили нові риси в уявлення про засоби та методи військово-політичного протиборства у сучасному інформаційному суспільстві.

Висновки. Спеціальні інформаційні операції не є здобутком сьогодення. Про використання перших форм ІПВ свідчать численні історичні, філософські та інші джерела. Їх зміна та удосконалення корелювалися з розвитком науки і техніки та розвитком способів обробки, фіксації і передачі інформації.

Проте, незважаючи на те, що практика застосування форм ІПВ має тривалу історію, в якості одного з основних засобів військово-політичного протистояння вони постають саме у XX сторіччі. Глобалізація, значний розвиток інформаційно-комунікативних технологій, збільшення ролі ЗМІ тощо зробили СІО одним із найбільш ефективних засобів досягнення зовнішньо та внутрішньополітичних цілей як у військовий, так і у мирний час, а коло їх використання поширилося на економічну, політичну та інші сфери життєдіяльності суспільства.

[1] Библия. Москва, 2002. 1376 с. С. 238.

[2] Информационно-психологическая безопасность в епоху глобализации: учеб. пособ. / В.М. Петрик, В.В. Остроухов, А.А. Штоквиш и др. Киев, 2008. 543 с. С. 8–10.

[3] Сучасні технології та засоби маніпулювання свідомістю, ведення інформаційних війн і спеціальних інформаційних операцій: навч. посіб. / В.М. Петрик, В.В. Остроухов, О.А. Штоквиш та ін. Київ, 2006. С. 8–9.

[4] Информационно-психологическая безопасность в епоху глобализации: учеб. пособ. / В.М. Петрик, В.В. Остроухов, А.А. Штоквиш и др. Киев, 2008. 543 с. С. 191–192.

[5] Історія інформаційно-психологічного протиборства : підручник / Я.М. Жарков, Л.Ф. Компанцева, В.В. Остроухов, В.М. Петрик, М.М. Присяжнюк, Є.Д. Скулиш; за заг. ред. д.ю.н., проф., засл. юриста України Є.Д. Скулиша. Київ: Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2012. 209 с. С. 50–51.

[6] Макиавели Н. Государь. Москва: Планета, 1990. 79 с.

[7] Інформаційна безпека держави: підручник / В.М. Петрик, М.М. Присяжнюк, Д.С. Мельник та ін. Київ: ДНУ «Книжкова палата України», 2016. 264 с. С. 118–122.

[8] Історія інформаційно-психологічного протиборства : підручник / Я.М. Жарков, Л.Ф. Компанцева, В.В. Остроухов, В.М. Петрик, М.М. Присяжнюк, Є.Д. Скулиш; за заг. ред. д.ю.н., проф., засл. юриста України Є.Д. Скулиша. Київ: Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2012. 209 с. С. 64.

[9] Чухліб Т.В. Отец психологических войн. *День*. 2004. URL: https://day.kyiv.ua/ru/article/ukraina-incognita/otec-psihologic heskih-voyn

[10] З історії розвідки і контррозвідки в Україні за часів Київської Русі і Козацької Доби : наук.-практ. посіб. / А.І. Ярмоленко, В.К. Тополенко. Київ: Інститут підготовки кадрів Служби безпеки України, 1993. 25 с. С. 21.

[11] Історія розвідки та контррозвідки в Україні : курс лекцій : у ІІ ч. / Д.В. Вєдєнєєв, В.Г. Пилипчук, В.С. Сідак, В.К. Тополенко. Київ: Наук.-вид. відділ НА СБ України, 2010. Ч. І. 214 с. С. 27–39.

[12] Макаров В.Е. Политические и социальные аспекты информационной безопасности: монография. URL: https://books. google.com.ua/books?id

[13] Informacijna vijna. Vikipedija. Retrieved from. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/ [in Ukrainian].

[14] Макаров В.Е. Политические и социальные аспекты информационной безопасности: монография. URL: https://books. google.com.ua/books?id

[15] Інформаційна безпека (соціально-правові аспекти): підручник / В.В. Остроухов, В.М. Петрик, М.М. Присяжнюк та ін. Київ: КНТ, 2010. 771 с. С. 237.

[16] Інформаційна безпека держави: підручник / В.М. Петрик, М.М. Присяжнюк, Д.С. Мельник та ін. Київ: ДНУ «Книжкова палата України», 2016. 264 с. С. 169.

References:

Bibliya (2002). Moskva [in Russian].

Maksymenko, M. Gh. (2015). *Boghdan Khmeljnycjkyj: vid derzhavnoji ideji do Ukrajinsjkoji kozacjkoji derzhavy : metodychni rekomendaciji do 420-ji richnyci vid dnja narodzhennja Boghdana Khmeljnycjkogho.* Poltava, Retrieved from: http://libgonchar.org/ images/stories/DocS/2015/Hmelnuzkuy.pdf [in Ukrainian].

Informacijna vijna. Vikipedija. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/ [in Ukrainian].

Grinyaev, S. (2001*).* Vzglyady voennykh ekspertov SShA na vedenie informatsionnogo protivoborstva. *Zarubezhnoe voennoe obozrenie.* Retrieved from: http://psyfactor.org/infowar1.htm [in Russian].

Jarmolenko, A.I. & Topolenko, V.K. (1993). *Z istoriji rozvidky i kontrrozvidky v Ukrajini za chasiv Kyjivsjkoji Rusi i Kozacjkoji Doby : naukovo-praktychnyj posibnyk* Kyjiv: Instytut pidghotovky kadriv Sluzhby bezpeky Ukrajiny [in Ukrainian].

Vjedjenjejev, D.V. & Pylypchuk, V.Gh. et al. (2010*). Istorija rozvidky ta kontrrozvidky v Ukrajini : kurs lekcij u II ch.* (Vol. 1). Kyjiv: Nauk.-vyd. viddil NA SB Ukrajiny [in Ukrainian].

Skulysh, Je.D., Zharkov, Ja.M. & Kompanceva, L.F. (2012). *Istorija informacijno-psykhologhichnogho protyborstva* Kyjiv: Nauk.-vyd. viddil NA SB Ukrajiny [in Ukrainian].

Petryk, V.M., Ostroukhov, V.V. (2008). *Ynformacyonno-psykhologhycheskaja bezopasnostj v epokhu ghlobalyzacyy: Uchebnoe posobye*. Kyjiv [in Ukrainian].

Ostroukhov, V.V. & Petryk, V.M. (2010). *Informacijna bezpeka (socialjno-pravovi aspekty): Pidruchnyk.* Kyjiv: KNT [in Ukrainian].

Petryk, V.M. & Prysjazhnjuk, M.M. (2016). *Informacijna bezpeka derzhavy: Pidruchnyk.* Kyjiv: DNU "Knyzhkova palata Ukrajiny" [in Ukrainian].

Makiaveli N. (1990). *Gosudar'* Moskva: Planeta [in Russian].

Makarov, V.E. (2015). *Politicheskie i sotsial'nye aspekty informatsionnoy bezopasnosti.* URL: https://books.google.com.ua/ books?id [in Russian].

Petryk, V.M. & Ostroukhov, V.V. (2006). *Suchasni tekhnologhiji ta zasoby manipuljuvannja svidomistju, vedennja informacijnykh vijn i specialjnykh informacijnykh operacij: Navchaljnyj posibnyk.* Kyjiv: (Rosava) [in Ukrainian].

Chukhlib, T.V. (2004). Otets psikhologicheskikh voyn. *Den'.* URL: https://day.kyiv.ua/ru/article/ukraina-incognita/otec-psiholo gicheskih-voyn [in Russian].

Резюме

Селіна М.Б. **Спеціальна інформаційна операція: історія становлення.**

У статті висвітлено зародження та розвиток спеціальної інформаційної операції, досліджено та проаналізовано взаємозв'язок між науково-технічним прогресом та її трансформацією, наведено історичні приклади використання дезінформації та пропаганди під час військово-політичних протистоянь у різні періоди історії людства.

Ключові слова: спеціальна інформаційна операція, інформаційно-психологічний вплив, дезінформація, пропаганда, гібридна війна.

Резюме

Селина М.Б. **Специальная информационная операция: история становления.**

В статье раскрыто зарождение и развитие специальной информационной операции, исследована взаимосвязь между научно-техническим прогрессом и ее трансформацией, приведены исторические примеры использования дезинформации и пропаганды во время военно-политических противостояний в разные периоды истории человечества.

Ключевые слова: специальная информационная операция, информационно-психологическое влияние, дезинформация, пропаганда, гибридная война.

Summary

Maria Selina**. The special information operation: history of formation.**

In the article described research about appearance and the development of a special information operation which has become an integral part of the current military-political confrontation. The author defined, that skilled and timely conducted information operations gives an opportunity to gain significant advantages over the enemy, in particular, through the implementation of moral and psychological impact on the population including the armed forces of the enemy and as well as on leaderships of countries. To confirm it, in the article presented examples of the results of conducted special information operations and its individual elements in different periods of human history.

The article presents, that special information operations is not invention of the present, they appeared in ancient times simultaneously with emergence of armed confrontation, as an integral part of the armed struggle in the form of psychological way for weakening the enemy's combat spirit and raising the fighting spirit of it's own forces. The author highlights the information about the first facts of use informational and psychological influence such as: misinformation, propaganda, intimidation, which are elements of a special information operation. Their further transformation relates to the development of science and technology and the improvement of information technologies. Aa a result there are four form stages of the development of informational and psychological influence: verbal, telecommunication, technical and paper.

The article states that the appearance of the internet and the information influence on a wide audience around the world that makes special information operation one of the most effective means of achieving external and internal political goals both in military and in peacetime as evidenced by the experience of their realization. At the present stage, special information operations have become a part of a new type of war, the so-called "Hybrid war" and provides significant impact on the military and political confrontation between the opponents countries.

Key words: special information operation, information and psychological impact, misinformation, propaganda, hybrid war.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.23

УДК 342.9

В.Д. ЩЕРБАНЬ

В'ячеслав Дмитрович Щербань, *кандидат юридичних наук, доцент Навчально-наукового інституту права ім. князя Володимира Великого МАУП*[*]

ORCID: 0000-0002-6751-786X

СИСТЕМА ГАРАНТІЙ ФУНКЦІОНУВАННЯ OSINT У СФЕРІ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНАХ

Постановка проблеми. Призначенням гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах у юридичному аспекті є нормативне забезпечення прав і обов'язків суб'єктів, які здійснюють розвідку з відкритих джерел, а також суб'єктів, щодо яких здійснюється розвідка з відкритих джерел. Гарантії функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах є засобом підвищення ефективності розвідки з відкритих джерел та показником того, що даний інструмент можливо застосовувати в антикорупційній діяльності правоохоронних органів. Дослідження гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах є актуальним із огляду на необхідність створення належних нормативних передумов для реалізації суб'єктами розвідки з відкритих джерел своїх прав, свобод та обов'язків у цій сфері, адже лише наявність таких умов свідчить про те, що держава готова юридично забезпечити реалізацію даного інструменту. Тож сутність гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах полягає в юридичному забезпеченні функціонування цього інституту.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання розвідки на основі відкритих джерел, а також гарантій антикорупційної діяльності й гарантій функціонування правоохоронних органів досліджували такі вітчизняні науковці, як: С.В. Албул, В.В. Білоус, В.В. Бірюков, А.О. Васильєв, В.М. Галунько, Я.М. Жарков,

© В.Д. Щербань, 2019

[*] ***Viacheslav Shcherban,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor of Vladimir the Great Educational and Scientific Institute of Law of Interregional Academy of Personnel Management*

Д.Г. Заброда, К.С. Ісмайлов, О.О. Кожушко, А.М. Новак, В.В. Прощаєв, Н.Ф. Ржевська, П.С. Романько, С.А. Сумський, В.Д. Фірсов, О.В. Шевченко, О.Ю. Шевчук, І.А. Юрій та багато інших авторів. Але разом із тим, гарантії функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах являють собою комплексні системи, і саме в такому розрізі дане питання наразі не досліджувалось у вітчизняній науковій літературі. Саме тому це дослідження є актуальним та необхідним.

Формулювання мети статті. Метою статті є характеристика змісту гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах.

Виклад основного матеріалу дослідження. Гарантія функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах встановлена у ст. 34 Конституції України[1]. Нею передбачено, що кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб на свій вибір. Це означає, що правоохоронний орган у процесі здійснення антикорупційної діяльності може здійснювати OSINT, якщо це не порушує таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, а також не стосується збору конфіденційної інформації про особу без її згоди.

Іншим нормативно-правовим актом, який встановлює гарантії в сфері інформації, є Закон України «Про інформацію» від 02 жовтня 1992 р. № 2657-XII[2], у ст. 6 якого визначено, що право на інформацію забезпечується: 1) створенням механізму реалізації права на інформацію; 2) створенням можливостей для вільного доступу до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів, інших інформаційних банків, баз даних, інформаційних ресурсів; 3) обов'язком суб'єктів владних повноважень інформувати громадськість та засоби масової інформації про свою діяльність і прийняті рішення; 4) обов'язком суб'єктів владних повноважень визначити спеціальні підрозділи або відповідальних осіб для забезпечення доступу запитувачів до інформації; 5) здійсненням державного і громадського контролю за додержанням законодавства про інформацію; 6) встановленням відповідальності за порушення законодавства про інформацію. На нашу думку, ряд із перелічених гарантій доречно розглядати і як гарантії функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах. Гарантія створення механізму реалізації права на інформацію означає, що державою створюються усі необхідні умови для того, щоб кожен міг реалізувати своє конституційне право на інформацію. У таких умовах правоохоронні органи, які здійснюють антикорупційну діяльність, отримують право вільно збирати, зберігати, використовувати інформацію у рамках функціонування OSINT. Наступна передбачена ст. 6 Закону гарантія також є важливою для функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах, адже вона передбачає створення можливостей для вільного доступу до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів, інших інформаційних банків, баз даних, інформаційних ресурсів. Статистичні дані, архівні, бібліотечні і музейні фонди, інші інформаційні банки, бази даних, інформаційні ресурси є інформацією з відкритих джерел, а тому встановлення даної гарантії означає, що правоохоронним органам гарантується можливість використання даних із таких джерел у процесі функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності. Обов'язок суб'єктів владних повноважень інформувати громадськість та засоби масової інформації про свою діяльність і прийняті рішення, як гарантія права на інформацію, реалізовується у тому числі й шляхом встановлення в ст. 45 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII[3] обов'язку осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування подавати шляхом заповнення на офіційному веб-сайті Національного агентства декларацію майнового стану особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за минулий рік за формою, що визначається Національним агентством з питань запобігання корупції.

Інформація, подана такими особами, є відкритою, а отже, може використовуватись правоохоронними органами у процесі OSINT. Гарантія обов'язку суб'єктів владних повноважень визначити спеціальні підрозділи або відповідальних осіб для забезпечення доступу запитувачів до інформації також має безпосередній вплив і на функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності, адже в розвідці з відкритих джерел може використовуватись будь-яка інформація із відкритих джерел. У свою чергу, відкритими є не лише ті джерела, які безпосередньо пов'язані із особою, а й різноманітні державні бази даних. Гарантія здійснення державного і громадського контролю за додержанням законодавства про інформацію означає, що використання права вільно збирати, зберігати та використовувати інформацію забезпечена державним і громадським контролем, а отже, правоохоронні органи також можуть скористатись даним правом. Гарантія встановлення відповідальності за порушення законодавства про інформацію також більшою мірою стосується різноманітних державних баз даних, проте її варто віднести до тих передумов, які спрощують функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах.

Ряд гарантій забезпечення права доступу до інформації з відкритих джерел передбачено і у нормах Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 р. № 2939-VI[4]. Зокрема, ст. 3 встановлено, що право на доступ до публічної інформації гарантується: 1) обов'язком розпорядників інформації надавати та оприлюднювати інформацію, крім випадків, передбачених законом; 2) визначенням розпорядником інформації спеціальних структурних підрозділів або посадових осіб, які організовують у встановленому порядку доступ до публічної інформації, якою він володіє; 3) максимальним спрощенням процедури подання запиту та отримання інформації; 4) доступом до засідань колегіальних суб'єктів владних повноважень, крім випадків, передбачених законодавством; 5) здійсненням парламентського, громадського та державного контролю за дотриманням прав на доступ до публічної інформації; 6) юридичною відповідальністю за порушення законодавства про доступ до публічної інформації. Деякі із зазначених гарантій фактично дублюють

гарантії права на доступ до інформації, наприклад, гарантії контролю за дотриманням права на доступ до інформації та відповідальності за порушення такого права. Обов'язок розпорядників інформації надавати та оприлюднювати інформацію означає, що у випадку, коли правоохоронний орган у процесі OSINT потребує певну інформацію, яка є публічною, розпорядник цієї інформації зобов'язаний її надати. Гарантія визначення розпорядником інформації спеціальних структурних підрозділів або посадових осіб, які організовують у встановленому порядку доступ до публічної інформації, якою він володіє, означає, що у будь-якої публічної інформації є свій розпорядник, до якого правоохоронний орган і має звертатись у процесі OSINT. Гарантія максимального спрощення процедури подання запиту та отримання інформації означає, що процедура отримання правоохоронним органом такої інформації є максимально простою та короткостроковою, що дає змогу провадити антикорупційну діяльність швидко та оперативно. Гарантія доступу до засідань колегіальних суб'єктів владних повноважень є важливою у тих випадках, коли на таких засіданнях може бути отримана інформація, необхідна для антикорупційного розслідування.

Таким чином, на основі здійсненого аналізу нами встановлено, що гарантіями права на одержання інформації з відкритих джерел є: 1) гарантія права правоохоронних органів вільно збирати, зберігати, використовувати інформацію, якщо це не порушує таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, та полягає у збиранні, зберіганні, використанні конфіденційної інформації; 2) гарантія створення механізмів для реалізації права на інформацію правоохоронними органами у процесі здійснення розвідки з відкритих джерел; 3) гарантія забезпечення вільного доступу правоохоронних органів до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів, інших інформаційних банків, баз даних, інформаційних ресурсів; 4) гарантія відкритості інформації про майновий стан суб'єкта владних повноважень; 5) гарантія одержання інформації від її розпорядників; 6) гарантія максимального спрощення процедури подання запиту та отримання публічної інформації. Відповідно, кожна із перерахованих гарантій є гарантією того, що правоохоронні органи, здійснюючи розвідку із відкритих джерел, мають можливість вільно збирати та використовувати інформацію, яка не є конфіденційною. Дана група гарантій є фундаментальною для діяльності правоохоронних органів у цій сфері.

Також для встановлення гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах варто звернутись до законодавства, що урегульовує розвідувальну діяльність. Більшість із передбачених Законом України «Про розвідувальні органи України» від 22 березня 2001 р. № 2331-III[5] гарантій стосуються розвідувальної діяльності у цілому, проте окремі із них безпосередньо сприяють здійсненню розвідки з відкритих джерел. Так, у ст. 9 даного нормативно-правового акта передбачено, що розвідувальні органи України мають право отримувати для розвідувальних цілей необхідну інформацію від усіх органів державної влади, підприємств, організацій і установ, включаючи банки, незалежно від форми власності, в тому числі інформацію з автоматизованих інформаційних та довідкових систем, банків даних тощо у порядку, визначеному законом. По суті, дана гарантія є ідентичною тій, яка встановлена Законом України «Про інформацію» від 02 жовтня 1992 р. № 2657-XII[2], проте стосується безпосередньо діяльності органів, які здійснюють розвідувальну діяльність.

Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII[6] передбачені гарантії незалежності даного органу, які не є гарантіями функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в практичній діяльності цього органу. Аналізуючи права Національного антикорупційного бюро України, передбачені ст. 17 цього нормативно-правового акта, звернемо увагу на право даного органу витребовувати за рішенням керівника структурного підрозділу Національного бюро та одержувати в установленому законом порядку у вказаному в запиті вигляді та формі від інших правоохоронних та державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій інформацію, необхідну для виконання обов'язків Національного бюро, у тому числі відомості про майно, доходи, видатки, фінансові зобов'язання осіб, які ними декларуються у встановленому законом порядку, відомості про використання коштів Державного бюджету України, розпорядження державним або комунальним майном, а також на право знайомитися в державних органах, органах місцевого самоврядування із документами та іншими матеріальними носіями інформації, необхідними для попередження, виявлення, припинення та розслідування кримінальних правопорушень, віднесених законом до підслідності Національного бюро, або виявлення необґрунтованих активів та збору доказів їх необґрунтованості, у тому числі такими, що містять інформацію з обмеженим доступом. Наділення Національного антикорупційного бюро України такими правами по суті є гарантією того, що даний орган може застосовувати OSINT при здійсненні антикорупційної діяльності. Схожі гарантії передбачені статтею 6 Закону України «Про Державне бюро розслідувань» від 12 листопада 2015 р. № 794-VIII[7] щодо функціонування OSINT у практиці даного органу, та ст. 25 Закону України «Про Службу безпеки України» від 25 березня 1992 р. № 2229-XII[8] у контексті здійснення OSINT Головним управлінням по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю. А отже, зробимо висновок, що окрім власне гарантій на вільне збирання, зберігання, використання інформації, якщо це не порушує таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, та полягає у збиранні, зберіганні, використанні конфіденційної інформації, правоохоронні органи під час здійснення OSINT у процесі антикорупційної діяльності наділяються гарантіями одержання будь-якої інформації, яка сприятиме досягненню цілей їх діяльності.

Таким чином, наше дослідження засвідчило, що систему гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах становлять наступні гарантії:

1) гарантія права правоохоронних органів вільно збирати, зберігати, використовувати інформацію, якщо це не порушує таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та не полягає у збиранні, зберіганні, використанні конфіденційної інформації – сутність даної гарантії полягає у тому, що правоохоронні органи під час здійснення розвідки з відкритих джерел мають право на збирання та використання будь-якої інформації, окрім тієї, яка становить таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, та окрім тієї, яка є конфіденційною. Будь-яка інша інформація є інформацією з відкритих джерел та може бути використана правоохоронним органом у процесі антикорупційної діяльності;

2) гарантія створення механізмів для реалізації права на інформацію правоохоронними органами у процесі здійснення розвідки з відкритих джерел – дана гарантія передбачає, що держава створює усі необхідні умови для того, щоб правоохоронні органи здійснювали розвідку з відкритих джерел, у тому числі приймає необхідну нормативно-правову базу, передбачає можливості правоохоронних органів звертатись до різноманітних джерел із метою одержання інформації, а також встановлює обов'язковість надання інформації правоохоронним органам у визначених законом випадках;

3) гарантія забезпечення вільного доступу правоохоронних органів до статистичних даних, архівних, бібліотечних і музейних фондів, інших інформаційних банків, баз даних, інформаційних ресурсів та отримання необхідної інформації від усіх органів державної влади, підприємств, організацій і установ, включаючи банки, незалежно від форми власності, у тому числі інформацію з автоматизованих інформаційних та довідкових систем, банків даних, відомості про майно, доходи, видатки, фінансові зобов'язання осіб, які ними декларуються у встановленому законом порядку, відомості про використання коштів Державного бюджету України, розпорядження державним або комунальним майном – дана гарантія по суті розкриває зміст попередньої гарантії. Її зміст полягає у тому, що правоохоронним органам у процесі здійснення антикорупційної діяльності гарантуються можливості звертатись до різноманітних джерел інформації, яка є відкритою і може бути використана у антикорупційних розслідуваннях;

4) гарантія відкритості інформації про майновий стан суб'єкта владних повноважень – дана гарантія значно полегшує діяльність правоохоронних органів, адже шляхом її нормативного закріплення інформація про майновий стан суб'єктів владних повноважень є інформацією із відкритих джерел, що значно полегшує розслідування корупційних проступків;

5) гарантія одержання інформації від її розпорядників – передбачає визначення на нормативному рівні розпорядників передбачених законом видів інформації, яка не є конфіденційною та яка в обов'язковому порядку має надаватись правоохоронним органам, що здійснюють правоохоронну діяльність, на їх запит;

6) гарантія максимального спрощення процедури отримання публічної інформації – дана гарантія забезпечує швидкість та оперативність отримання інформації, якщо це не порушує таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та не полягає у збиранні, зберіганні, використанні конфіденційної інформації.

Висновки. Таким чином, дослідження системи гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах засвідчило, що дані питання на даний момент не досліджені у науковій літературі. Ми дійшли висновку, що дані інститути варто розглядати крізь призму наступних складових: принципів та гарантій збирання і використання інформації з відкритих джерел, принципів та гарантій розвідувальної діяльності, принципів та гарантій антикорупційної й правоохоронної діяльності. Як засвідчило наше дослідження, правоохоронні органи, які здійснюють антикорупційну діяльність, переважно наділяються схожими принципами та гарантіями, що дало нам змогу сформулювати єдину систему гарантій. Але водночас чинний стан наукової розробленості цих питань свідчить про необхідність подальших досліджень у цій сфері.

---

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

[2] Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 48. Ст. 650.

[3] Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради.* 2014. № 49. Ст. 2056.

[4] Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. *Відомості Верховної Ради України.* 2011. № 32. Ст. 314.

[5] Про розвідувальні органи України: Закон України від 22.03.2001 р. № 2331-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2001. № 19. Ст. 94.

[6] Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14.10.2014 р. № 1698-VII. *Відомості Верховної Ради.* 2014. № 47. Ст. 2051.

[7] Про Державне бюро розслідувань: Закон України від 12.11.2015 р. № 794-VIII. *Відомості Верховної Ради.* 2016. № 6. Ст. 55.

[8] Про Службу безпеки України: Закон України від 25.03.1992 р. № 2229-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст. 382.

References:

Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28.06.1996 № 254k/96-VR. (1996). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 30, 141 [in Ukrainian].

Pro informatsiiu: Zakon Ukrainy vid 02.10.1992 № 2657-XII. (1992). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 48, 650 [in Ukrainian].

Pro zapobihannia koruptsii: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 № 1700-VII. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady,* 49, 2056 [in Ukrainian].

Pro dostup do publichnoi informatsii: Zakon Ukrainy vid 13.01.2011 № 2939-VI. (2011). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 32, 314 [in Ukrainian].

Pro rozviduval'ni orhany Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 22.03.2001 № 2331-III. (2001). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 19, 94 [in Ukrainian].

Pro Natsional'ne antykoruptsijne biuro Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014. (2014). № 1698-VII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady,* 47, 2051 [in Ukrainian].

Pro Derzhavne biuro rozsliduvan': Zakon Ukrainy vid 12.11.2015 № 794-VIII. (2015). *Vidomosti Verkhovnoi Rady,* 6, 55 [in Ukrainian].

Pro Sluzhbu bezpeky Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 25.03.1992 № 2229-XII. (1992). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 27, 382 [in Ukrainian].

Резюме

Щербань В.Д. **Система гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах.**

У статті проаналізовано специфіку гарантій функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах. Наведено авторську класифікацію системи таких юридичних гарантій. Досліджено правову природу кожної із гарантій. З'ясовано їх взаємовідношення, сутність та роль. Охарактеризовано їх зміст та значення для належного функціонування OSINT у сфері антикорупційної діяльності в правоохоронних органах.

Ключові слова: гарантії, OSINT, антикорупційна діяльність, правоохоронні органи, корупція, адміністративне законодавство.

Резюме

Щербань В.Д. **Система гарантий функционирования OSINT в сфере антикоррупционной деятельности в правоохранительных органах.**

В статье проанализирована специфика гарантий функционирования OSINT в сфере антикоррупционной деятельности в правоохранительных органах. Дана авторская классификация системы таких юридических гарантий. Исследована правовая природа каждой из гарантий. Выяснено их взаимоотношения, сущность и роль. Охарактеризовано их содержание и значение для надлежащего функционирования OSINT в сфере антикоррупционной деятельности в правоохранительных органах.

Ключевые слова: гарантии, OSINT, антикоррупционная деятельность, правоохранительные органы, коррупция, административное законодательство.

Summary

Viacheslav Shcherban. **System guarantees of OSINT in the sphere of anti-corruption activities in law enforcement agencies.**

In the article the specific of OSINT guarantees functioning in the field of anti-corruption activities in law enforcement agencies are analyzed. The author classified the system of such legal guarantees. The legal nature of each of the guarantees has been investigated. Their relationship, nature and role have been clarified. Their content and importance for the proper functioning of OSINT in the field of anticorruption activities in law enforcement agencies are described.

It is proved that the system of guarantees of OSINT functioning in the field of anti-corruption activity in law enforcement agencies is the following guarantees:

1) guarantee of the right of law enforcement agencies to collect, store, use information freely, if it does not violate the secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence, and does not consist in the collection, storage, use of confidential information;

2) guaranteeing the creation of mechanisms for the exercise of the right to information by law enforcement agencies in the process of conducting open-source intelligence;

3) guarantee of free access of law enforcement authorities to statistical data, archival, library and museum funds, other information banks, databases, information resources and receipt of necessary information from all state authorities, enterprises, organizations and institutions, including banks, regardless of form property, including information from automated information and reference systems, databases, property information, income, expenses, financial liabilities of persons who declare them in the prescribed the law of the order, information about the use of funds of the State Budget of Ukraine, disposal of state or communal property;

4) guarantee of openness of information on the financial status of the subject of authority;

5) guarantee of receiving information from its managers;

6) guarantee of maximum simplification of the procedure for obtaining public information.

Key words: guarantees, OSINT, anti-corruption activities, law enforcement, corruption, administrative legislation.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.24
УДК 340.111.5

П.О. ЯКОВЛЄВ

Павло Олександрович Яковлєв, *кандидат юридичних наук, докторант Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна*[*]
ORCID: 0000-0003-0172-5946

ПРАВОВІ ЗАСАДИ УЧАСТІ ІНСТИТУТІВ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Вступ. Аксіоматичним уявляється те, що для будь-якої держави сучасного світу забезпечення інформаційної безпеки є однією із запорук підтримання належного рівня правопорядку у суспільстві, забезпечення державного суверенітету і підтримання високого рівня обороноздатності. Для України це є особливо актуальним, адже упродовж останніх кількох років інформаційний простір нашої країни, як ніколи раніше у новітній історії, ставав ареною реалізації недоброзичливих політичних посягань на засади національної державності. Суспільство неодноразово зіштовхувалося з інформаційними диверсіями та поширенням інформації, що дискредитує діяльність багатьох державних інституцій, а також перешкоджає роботі життєво важливих об'єктів інфраструктури[1]. Держава, маючи у розпорядженні відповідні адміністративні й організаційно-технічні ресурси, вживає комплекс заходів для забезпечення інформаційної безпеки суспільства. Крім цього, з урахуванням зростання рівня громадської активності, суб'єкти державного управління розраховують на сприяння громадянського суспільства у вирішенні проблем, що пов'язані із забезпеченням інформаційної безпеки.

Враховуючи те, що на сьогодні інститути громадянського суспільства мають у своєму розпорядженні значні інформаційні ресурси, актуалізується можливість їх залучення до забезпечення інформаційної безпеки. На тлі практичної важливості цього питання актуальним завданням юридичної науки є доктринальна розробка правових засад участі громадянського суспільства у заходах, спрямованих на убезпечення інформаційного середовища України від шкідливих посягань. Відповідно, **метою статті** є висвітлення законодавчих основ участі інститутів громадянського суспільства у забезпеченні інформаційної безпеки України.

Теоретичною основою статті стали напрацювання вітчизняних правознавців, які займалися відповідною проблематикою. Зокрема, це науковий доробок В.І. Гурковського, Є.Ю. Захарова, В.Г. Пилипчука, О.М. Солодкої, А. Турчак, Я.І. Чмира. Проте праці вітчизняних науковців характеризується недостатньою увагою до проблематики участі громадянського суспільства у забезпеченні інформаційної безпеки.

Результати дослідження. Досліджуючи питання про правову регламентацію участі інститутів громадянського суспільства у забезпеченні інформаційної безпеки України, слід звернути увагу на кілька важливих аспектів, що характеризують обрану проблематику.

По-перше, на законодавчому рівні в Україні не визначено вичерпну кількість інститутів громадянського суспільства. Зокрема, відповідно до п. 2 Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 976 від 05 листопада 2008 р. до кола інститутів громадянського суспільства віднесено: громадські організації, професійні та творчі спілки, організації роботодавців, благодійні і релігійні організації, органи самоорганізації населення, недержавні засоби масової інформації та інші непідприємницькі товариства і установи, легалізовані відповідно до законодавства[2]. Однак, з огляду на практику, вказаний перелік не є вичерпним. В Україні за останні роки значно збільшилася кількість неурядових громадських об'єднань, ЗМІ та інших інститутів, які у процесі виконання статутних завдань обробляють значні масиви інформації. Відповідно, постійно зростає питома вага інформаційних відносин за участю неурядових громадських об'єднань у політичній, економічній, культурній, соціальній, екологічній, науково-технічній, міжнародній сферах життєдіяльності суспільства. Інформація для більшості інституцій громадянського суспільства стала рушійним ресурсом, використовуючи який можливо ефективно функціонувати.

По-друге, забезпечення інформаційної безпеки держави не є прямим юридичним обов'язком інститутів громадянського суспільства. Напрями діяльності інститутів громадянського суспільства різноманітні й різнопланові за своїм змістом, відчуваються у політичній, правовій, культурній, економічній та інших сферах життєдіяльності суспільства. Наповнення інформаційного компоненту функціонування інститути громадянського суспільства визначають самостійно. Сприяння системі державного управління у забезпеченні інформаційної безпеки витікає, здебільшого, із громадянського обов'язку членів інститутів громадянського суспільства дотримуватися законодавства держави та усвідомлення необхідності захисту національно-державних інтересів українського суспільства.

© П.О. Яковлєв, 2019

[*] ***Pavlo Yakovlev,*** *Ph.D. in Law, Doctoral candidate of V.N. Karazin Kharkiv National University*

По-третє, інформаційна діяльність інститутів громадянського суспільства не може суперечити чинному законодавству України і інтересам національної безпеки. Держава в особі уповноважених органів видає норми, які регламентують лише найбільш практичні і оптимальні за змістом форми інформаційної діяльності неурядових організацій та інших інститутів громадянського суспільства. За характером правового регулювання такі норми носять здебільшого дозвільний характер. Це вказує на те, що держава в адміністративному порядку встановлює «межі» інформаційної правосуб'єктності громадських об'єднань.

По-четверте, інститути громадянського суспільства сьогодні формують інформаційне поле держави. В епоху постінформаційного суспільства інформаційний ресурс багато в чому визначає економічну потужність держави та потребує особливого захисту[3]. Швидка динаміка зростання масиву інформаційних ресурсів суспільства і активне використання інноваційних інформаційних технологій обумовлюють структурні зміни в діяльності виробничого сектору народного господарства та організації бізнес-процесів. Більш прибутковим стають нематеріальне виробництво, наука, ІТ-освіта, що сприяє розвитку виробничого сектору на основі комп'ютеризації, інформатизації, інтернетизації. З огляду на значну соціальну значущість діяльності інститутів громадянського суспільства в інформаційній сфері правове врегулювання їх статусу залишається незначним. Проте на законодавчому рівні було визначено певні «стартові» можливості виконання інститутами громадянського суспільства функцій із забезпечення інформаційної безпеки держави.

Основу нормативних засад участі інститутів громадянського суспільства в забезпеченні становлять базові нормативні акти, які містять таку категорію, як «інформаційна безпека». Якщо звернутися до найвищого, конституційно-правового рівня нормативного регулювання, то ми маємо констатувати, що категорія «інформаційна безпека» зазначається у ст. 17 Основного Закону України у контексті того, що забезпечення інформаційної безпеки України є «справою всього українського народу»[4]. Зазначимо, що такий спосіб нормативного закріплення є неоднозначним за змістом, оскільки достеменно не зрозуміло, як саме і у яких формах народ України має «забезпечувати» інформаційну безпеку. Не пояснюють ситуацію і інші законодавчі акти. Зокрема, у ст. 3 Закону України «Про інформацію» від 07 жовтня 1992 р. № 2657-XII зазначається, що забезпечення інформаційної безпеки є основним напрямом державної інформаційної політики[5]. Поряд із тим у ст. 3 Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII вказано, що інформаційна безпека є складовою національної безпеки і є елементом державної політики у сфері забезпечення національної безпеки на рівні з воєнною, зовнішньополітичною, державною, економічною, екологічною, кібернетичною безпекою[6].

Слід зазначити, що відсутність уніфікованої нормативної категорії «інформаційна безпека» у вітчизняному правовому полі є негативним чинником з огляду на оптимальність адміністративно-правового механізму забезпечення національної і інформаційної безпеки. На цьому неодноразово наголошували вітчизняні експерти й правознавці[7,8]. Ми повністю розділяємо таку позицію. У 2015 р. у Проєкті Концепції інформаційної безпеки, який було оприлюднено у 2015 р. Міністерством інформаційної політики України, було запропоновано визначення категорії «інформаційна безпека»[9]. Зокрема, у проєкті документа інформаційна безпека визначається як стан захищеності життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства й держави, при якому здійснюється запобігання завдання шкоди через неповноту, несвоєчасність і недостовірність поширюваної інформації, порушення цілісності та доступності інформації, несанкціонований обіг інформації з обмеженим доступом, а також через негативний інформаційно-психологічний вплив та умисне спричинення негативних наслідків застосування інформаційних технологій. Враховуючи наявні сьогодні загрози інформаційному суверенітету України, вважаємо закріплення вказаного вище визначення на нормативному рівні нагальним питанням. Це буде кроком у напрямі створення нормативної основи протидії посяганням на інформаційний суверенітет України і протидії так званій «інформаційній зброї», яка сьогодні за оцінками американських експертів розробляється майже у 120 державах світу[10].

Важливим доповненням правових засад залучення громадянського суспільства до забезпечення інформаційної безпеки стало Рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2018 р. «Про Доктрину інформаційної безпеки України», що введено у дію Указом Президента України № 47 2017 р.[11]. У документі зазначено, що для забезпечення інформаційної безпеки держава розраховує також на залучення інститутів громадянського суспільства для виконання цього завдання. У п. 3 Доктрини визначено, що налагодження ефективної взаємодії органів державної влади та інститутів громадянського суспільства під час формування і реалізації державної політики в інформаційній сфері є життєво важливим інтересом суспільства й держави. Останнє положення має особливу важливість, адже спонукає суб'єктів законотворення до активної діяльності з розробки правових форм і механізмів взаємовідносин держави і громадянського суспільства до реалізації спільних заходів щодо забезпечення інформаційної безпеки держави. Окрім цього, у документі передбачено, що держава та інститути громадянського суспільства мають напрацювати ефективні форми взаємодії у питаннях протидії інформаційній агресії проти України, а також надання інформаційної підтримки нашій країні у реалізації комерційної, гуманітарної, просвітницької, культурної та іншої діяльності за межами України. Безперечно, така взаємодія буде сприяти підвищенню міжнародного іміджу України за кордоном. Зазначені положення потребують нормативної конкретизації в частині регламентації процедурних основ спільного з державою формування, збору, розповсюдження неурядовими організаціями інформації, яка відповідає одночасно цілям діяльності громадських об'єднань та інтересам інформаційної безпеки України.

Також наголосимо, що на сьогодні у системі національного законодавства України недостатньо регламентовано питання щодо адміністративно-правових форм взаємодії системи державного управління і грома-

дянського суспільства у питаннях забезпечення інформаційної безпеки держави. Є підстави констатувати дефіцит нормативного регулювання правоможливостей інститутів громадянського суспільства впливати на стан інформаційної безпеки держави. Відповідно до ст. 10 вже згадуваного Закону України «Про національну безпеку України» громадським об'єднанням, зареєстрованим у встановленому законом порядку, гарантовано право отримувати в установленому порядку від державних органів, зокрема від керівників складових сектору безпеки і оборони, інформацію з питань діяльності складових сектору безпеки і оборони, крім інформації з обмеженим доступом. Проте можливостей отримувати цільову інформацію з питань інформаційної безпеки та (або) інформаційного суверенітету держави не передбачено.

Не врегульовано також питання щодо культури сприйняття суспільством обробленої інформації та способів її захисту. Парадоксальність ситуації полягає у тому, що, незважаючи усвідомлення значною частиною суспільства процесу цілеспрямованої інформаційної атаки із використанням «брудних» технологій, суспільна думка все одно піддається маніпулюванню. У результаті, як зазначає В.І. Гурковський, у комунікаційному протистоянні перемагає не той, хто говорить правду, а той, кому вдалося показати глядачам більш захоплюючий «інформаційний серіал» і гранично чітко обґрунтувати свою позицію[12]. За таких умов широкі верстви населення стають вразливими до необ'єктивної інформації та збільшується ступінь вірогідності маніпулюванням масовою свідомістю. Для недопущення такої ситуації доцільно проводити спеціальну роз'яснювальну роботу з трудовими, учнівськими колективами, пенсіонерами, іншими категоріями громадян. О.М. Солодка з цього приводу наголошує на доцільності розробки й затвердження спеціальних програм освітньо-виховного впливу на суспільство[13]. Інститути громадянського суспільства можуть надати державі значне сприяння у реалізації подібних проєктів. Слід також мати на увазі: незважаючи на те, що заходи з інформатизації широких верств населення потребують значного прискорення, їх змістовна основа має базуватися на збережені та розвитку національної культури, відродженні духовності, усвідомленні необхідності розвитку національної державності.

Висновки. Враховуючи значний суспільний інтерес до проблем забезпечення інформаційної безпеки України, у державі на офіційному рівні визнано важливість і значущість діяльності інститутів громадянського суспільства в означеному напрямі. Разом із тим сьогодні означений аспект залишається неналежним чином урегульованим на рівні законодавства. Положення окремих законів і підзаконних актів у загальному порядку дозволяють системі державного управління України налагоджувати співробітництво з інститутами громадянського суспільства з питань забезпечення інформаційної безпеки держави. Але водночас не визначають чіткі форми такого співробітництва (взаємодії). Відповідно, перспективним напрямам дослідження у юридичній науці є доктринальне обґрунтування оптимального адміністративно-правового механізму спільної діяльності інститутів громадянського суспільства і держави з питань, які безпосередньо стосуються виявлення і протидії загрозам інформаційної безпеки України.

---

[1] Хакерські атаки в Україні: у Держцентрі кіберзахисту заявляють про можливий початок нової хвилі. *Повідомлення інформаційного ресурсу «РБК-Україна»* від 24.10.2017 р. URL: https://www.rbc.ua/ukr/news/hakerskie-ataki-ukraine-gostsentre-kiberzashchity-1508857979.html (дата звернення: 29.03.2019).

[2] Про затвердження Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади : постанова Кабінету Міністрів України від 05.11.2008 р. № 976. *Офіційний вісник України*. 2008. № 86. С. 100. Ст. 2889.

[3] Турчак А. Основні складові інформаційної безпеки держави. *Аспекти публічного управління*. 2019. № 5. Т. 7. С. 47.

[4] Конституція України від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

[5] Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

[6] Про національну безпеку України : Закон України від 21.06.2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 31. С. 5.

[7] Захаров Є. Інформаційна безпека: що захищаємо? Права людини. *Інформаційний портал Харківської правозахисної групи*. Харків. 2013. URL: http://khpg.org/index.php?id=1379486767 (дата звернення: 02.03.2019).

[8] Чмир Я.І. Проблеми забезпечення інформаційної безпеки в системі публічного управління. *Аспекти публічного правління*. 2018. № 9. Т. 6. С. 16.

[9] Проект концепції інформаційної безпеки України. URL: http://mip.gov.ua/ru/documents/30.html (дата звернення: 05.02.2019).

[10] Пилипчук В.Г. Системні правові проблеми формування інформаційного суспільства : зб. наук. ст. та тез; наукове повідомлення за матеріалами міжнародної наук.-практ. конференції «Інформаційне суспільство і держава : проблеми взаємодії на сучасному етапі» (м. Харків, 26 жовтня 2012 р.). Харків: НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, 2012. С. 7.

[11] Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 року «Про Доктрину інформаційної безпеки України» : Указ Президента України від 25.02.2017 р. № 47/217. *Офіційний вісник Президента України*. 2017. № 5. С. 15.

[12] Гурковський В.І. Особливості застосування інформаційної зброї в умовах глобального інформаційного суспільства. Електронний журнал «Державне управління: удосконалення та розвиток». 2010. № 4. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=123 (дата звернення: 12.09.2019).

[13] Солодка О.М. Пріоритети удосконалення інформаційної безпеки України. *Інформація і право*. 2015. № 3(15). С. 41.

References:

Khakers'ki ataky v Ukraini: u Derzhtsentri kiberzakhystu zaiavliaiut' pro mozhlyvyj pochatok novoi khvyli. Povidomlennia informatsijnoho resursu «RBK-Ukraina» vid 24.10.2017 r. URL: https://www.rbc.ua/ukr/news/hakerskie-ataki-ukraine-gostsentre-kiberzashchity-1508857979.html [in Ukrainian].

Pro zatverdzhennia Poriadku spryiannia provedenniu hromads'koi ekspertyzy diial'nosti orhaniv vykonavchoi vlady : postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy № 976. (2008, lystopada 5). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy.* 86. 100. 2889 [in Ukrainian].

Turchak, A. (2019). Osnovni skladovi informatsijnoi bezpeky derzhavy. *Aspekty publichnoho upravlinnia.* 5. 7. 47 [in Ukrainian].

Konstytutsiia Ukrainy (1996, chervnia 28). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy.* 30. 141 [in Ukrainian].

Pro informatsiiu : Zakon Ukrainy № 2657-XII (1992, zhovtnia 2). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy.* 48. 650 [in Ukrainian].

Pro natsional'nu bezpeku Ukrainy : Zakon Ukrainy № 2469-VIII (2018, chervnia 21). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy.* 31. 5 [in Ukrainian].

Zakharov, Ye. (2013). Informatsijna bezpeka: scho zakhyschaiemo? *Prava liudyny. Informatsijnyj portal Kharkivs'koi pravozakhysnoi hrupy.* Kharkiv. URL: http://khpg.org/index.php?id=1379486767 [in Ukrainian].

Chmyr, Ya.I. (2018). Problemy zabezpechennia informatsijnoi bezpeky v systemi publichnoho upravlinnia. *Aspekty publichnoho pravlinnia.* 9. 6. 16 [in Ukrainian].

Proekt kontseptsii informatsijnoi bezpeky Ukrainy. URL: http://mip.gov.ua/ru/documents/30.html [in Ukrainian].

Pylypchuk, V.H. (2012). Systemni pravovi problemy formuvannia informatsijnoho suspil'stva : zb. nauk. st. ta tez; naukove povidomlennia za materialamy mizhnarodnoi nauk.-prakt. konferentsii «Informatsijne suspil'stvo i derzhava : problemy vzaiemodii na suchasnomu etapi» (m. Kharkiv, 26 zhovtnia 2012 r.). Kharkiv: NDI derzhavnoho budivnytstva ta mistsevoho samovriaduvannia Natsional'noi akademii pravovykh nauk Ukrainy, 7 [in Ukrainian].

Pro rishennia Rady natsional'noi bezpeky i oborony Ukrainy vid 29 hrudnia 2016 roku «Pro Doktrynu informatsijnoi bezpeky Ukrainy» : Ukaz Prezydenta Ukrainy № 47/217 (2017, liutoho 25). *Ofitsijnyj visnyk Prezydenta Ukrainy.* 5. 15 [in Ukrainian].

Hurkovs'kyj, V.I. (2010). Osoblyvosti zastosuvannia informatsijnoi zbroi v umovakh hlobal'noho informatsijnoho suspil'stva. Elektronnyj zhurnal «*Derzhavne upravlinnia: udoskonalennia ta rozvytok*». 4. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=123 [in Ukrainian].

Solodka, O.M. (2015). Priorytety udoskonalennia informatsijnoi bezpeky Ukrainy. *Informatsiia i pravo.* 3(15). 41 [in Ukrainian].

Резюме

Яковлєв П.О. **Правові засади участі інститутів громадянського суспільства у забезпеченні інформаційної безпеки України.**

У статті висвітлюються законодавчі основи участі інститутів громадянського суспільства у забезпеченні інформаційної безпеки держави. На основі аналізу норм Конституції України, а також законодавчих актів у сфері інформації та національної безпеки охарактеризовано стан законодавчого врегулювання участі інститутів громадянського суспільства у реалізації заходів, спрямованих на забезпечення інформаційної безпеки держави. Розкрито проблематику недостатньої правової урегульованості питань щодо культури використання засобів оброблення інформації інститутами громадянського суспільства, а також визначено недоліки адміністративно-правового механізму спільної діяльності інститутів громадянського суспільства і держави з питань, які безпосередньо стосуються виявлення і протидії загрозам інформаційної безпеки України.

Ключові слова: Україна, інформаційна безпека, національна безпека, суверенітет, громадянське суспільство, інформаційна агресія, інформаційна атака.

Резюме

Яковлев П.О. **Правовые основы участия институтов гражданского общества в обеспечении информационной безопасности Украины.**

В статье освещаются законодательные основы участия институтов гражданского общества в обеспечении информационной безопасности государства. На основе анализа норм Конституции Украины, а также законодательных актов в сфере информации и национальной безопасности охарактеризовано состояние законодательного урегулирования участия институтов гражданского общества в реализации мероприятий, направленных на обеспечение информационной безопасности государства. Раскрыта проблематика недостаточной правовой регламентации аспектов относительно культуры использования средств обрабатывания информации институтами гражданского общества, а также определены недостатки административно-правового механизма совместной деятельности институтов гражданского общества и государства по вопросам, которые непосредственно касаются выявления и противодействия угрозам информационной безопасности Украины.

Ключевые слова: Украина, информационная безопасность, национальная безопасность, гражданское общество, информационная агрессия, информационная атака.

Summary

Pavlo Yakovlev. **Legal bases of participation of institutes of civil society are in providing of informative safety of Ukraine.**

In the article legislative bases of participation of institutes of civil society are illuminated in providing of informative safety of the state. Attention is accented on that informative safety of Ukraine in a modern period is the mortgage of maintenance of the proper level of law and order in society, providing of state sovereignty, integrity and economic power of country. On the basis of analysis of norms of Constitution of Ukraine, and also legislative acts in the field of information and national safety, the state of legislative settlement of participation of institutes of civil society is described in realization of the events sent to providing of informative safety of the state. Underline, that in modern Ukraine President as country's Leader is the basic subject of creation of norms in the field of adjusting of cooperation of the system of state administration and civil society on questions providing of informative safety.

Reasonably, that on present tense in the system of national legislation of Ukraine a question is regulated not enough in relation to the administrative legal forms of cooperation of the system of state administration and civil society in the questions of providing of informative safety of the state. Also, the indefinite is remained by a question in relation to the legislative fixing of concepts "informative safety" and "institutes of civil society". Normative settlement is needed also by possibilities for the institutes of civil society to get having a special purpose information on questions informative safety and (or) informative sovereignty of Ukraine. It is noticed on the insufficient adjusting of questions in relation to the culture of the use of facilities of treatment of information and methods of her defence. It is marked that in legal science there are a doctrine ground of optimal administrative legal mechanism of joint activity of

institutes of civil society and states on questions, that touch an exposure and counteraction to the threats of informative safety of Ukraine directly, perspective directions of research.

Key words: Ukraine, informative safety, national safety, sovereignty, civil society, informative aggression, informative attack.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.25

УДК 342.9 (477)

Є.А. ГОРБАНЬ

Євген Анатолійович Горбань, *аспірант Державного університету інфраструктури технологій*[*]

ORCID: 0000-0003-2998-7788

РЕАЛІЗАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-РОЗПОРЯДЧИХ ФУНКЦІЙ КЕРІВНИКІВ ПІДПРИЄМСТВ ЯК КРИТЕРІЙ ПРАВОМІРНОСТІ ЇХ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Реалізація компетенції керівника підприємства визначає загальний стабільний матеріально-фінансовий стан керованого об'єкта та зумовлює рівень його прибутковості, що врешті є основною метою господарської діяльності та створення підприємства. За визначенням С.І. Бевз, «дерегуляція та розвиток підприємництва, що визначені середньостроковою метою дальших реформ у Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», передбачає створення сприятливого середовища для ведення бізнесу, розвитку малого і середнього підприємництва, залучення інвестицій, спрощення міжнародної торгівлі та підвищення ефективності ринку праці. Для досягнення поставлених завдань необхідна ефективна система державного управління, адміністративно-правовому регулюванню якої відводиться першорядне місце»[1]. При цьому саме на комплексний підхід до упорядкування таких відносин покладається багато сподівань.

Юридична практика заінтересована не тільки використовувати, а й розвивати наукові здобутки фахівців у сфері економіки та менеджменту. Використання поняття реалізації адміністративно-розпорядчих функцій керівників підприємств як критерію виявлення ознак протиправності в діях посадових осіб підприємств усіх форм власності є перспективним як у діяльності правоохоронних органів, так і в якості засобу моніторингу доброчесності контрагентів при договірних відносинах.

Аналіз останніх досліджень. Наразі в юридичній науці відсутні спеціальні розробки щодо специфіки використання поняття реалізації адміністративно-розпорядчих функцій керівників підприємств як критерію виявлення ознак протиправності в діях посадових осіб підприємств. Окремими аспектами цього питання займалися такі науковці, як Л.Є. Кисіль в дослідженні адміністративно-правового статусу керівника підприємства, Н.О. Армаш, визначаючи алгоритм прийняття рішень на рівні державних політичних діячів[2], Д.О. Беззубов у розробці засобів забезпечення економічної безпеки[3], О.М. Овдіюк, досліджуючи управлінські рішення в технології менеджменту підприємств[4] та ряд інших авторів.

Постановка завдання: виявлення закономірностей (алгоритму) та критеріїв правомірності при реалізації адміністративно-розпорядчих функцій керівників підприємств в діяльності правоохоронних органів та застосування відповідного алгоритму у договірних відносинах для встановлення доброчесності контрагентів.

Виклад основного матеріалу. В юридичній літературі вже давно наголошується, що «керівник підприємства шляхом здійснення адміністративно-розпорядчих функцій реалізує основний обсяг управлінської компетенції власника майна підприємства. А це означає, що виконувані керівником функції випливають з інтересів власника майна підприємства»[5]. Дійсно, поєднання інтересів керівника та підприємства, яке він очолює, з дотриманням балансу є досить складним завданням. Юридизація критеріїв визначення такого балансу є оптимальним виходом для держави створити правовий механізм уникнення суб'єктивізму при притягненні до відповідальності керівників підприємств або, навпаки, застосування до них позитивних адміністративних процедур – надання пільг для підприємств, наприклад, у податковій сфері. Варто згадати, що у 80-х роках минулого століття вченими пропонувалася розробка «Положення про генерального директора (директора) виробничого об'єднання (комбінату), яке буде загальним нормативним актом, що визначатиме статус такої посади»[6]. Цим документом встановлювався би адміністративно-правовий статус генерального директора, його повноваження з управління майном, виробництвом, іншими сферами діяльності, тобто бути дійсно комплексним актом і враховувати специфічні риси статусу такого керівника, як глава органу управління промислово-господарської організації і трудового колективу.

Такої ж позиції дотримується і В.І. Кияшко, який наголошує, що «Завдання по забезпеченню ефективного оперативного управління людьми й майном вимагає наділення керівників значним обсягом повноважень. Ось чому цілком логічною й необхідною є постановка питання про розроблення системи правових засобів і методів з правового регулювання праці цієї специфічної категорії найманих працівників»[7]. Автор

© Є.А. Горбань, 2019

[*] ***Eugene Gorban,*** *Postgraduate student of the State University of Infrastructure and Technology*

цілком слушно пов'язує юридизацію такого алгоритму з мінімізацією в майбутньому проявів порушення законодавства посадовими особами підприємств: «Опрацювання механізмів, що дозволяють запобігти порушенням і зловживання з боку керівників – нагальна потреба сьогодення. З одного боку, підвищення ступеня юридичної відповідальності виступає певною гарантією від перевищення повноважень, якими наділені ці особи; з другого – всі елементи правового статусу керівника (права, обов'язки, відповідальність) повинні бути збалансовані й не викликати, так би мовити, перекосу».

На сьогоднішній день до процесу управління сучасним підприємством, установою, організацією (далі – підприємством) необхідно підходити з позицій не тільки науково обґрунтованих способів та прийомів організації праці, а й з використанням особливих методів управління, які б стимулювали діяльність як самих керівників підприємств, так і всього колективу в цілому[8].

Адміністративно-правовий статус керівників підприємств включає ряд елементів, як-то: компетенція, функції та обсяг відповідальності: «1) визначення його місця і ролі в системі управління підприємством, які характеризують організаційно-правові способи заміщення посади, підпорядкування, способи реалізації єдиноначальності, співвідношення єдиноначальності керівника із самоврядуванням трудового колективу; 2) визначення змісту компетенції керівника. Необхідність її використання як елемента адміністративно-правового статусу підприємства зумовлена тим, що це поняття притаманне лише діяльності органів управління та посадових осіб. У загальних (щодо різних форм власності) рисах компетенція керівника підприємства окреслюється державою з допомогою правових норм, які регулюють відносини: між уповноваженими державою органами та керівником підприємства; між керівником підприємства та об'єктами управління; між керівником підприємства та іншими органами управління підприємством; 3) обов'язок керівника нести адміністративну відповідальність (в чому виражається так звана адміністративна деліктоздатність) у передбачених законом випадках за неналежне виконання повноважень чи перебільшення їх обсягу Місце керівника підприємства в системі управління характеризує і його підпорядкованість»[9].

Зокрема, серед загальних функцій керівника підприємства називають організацію, планування й прогнозування, добір та розстановку кадрів, координацію їх спільної роботи. А серед спеціальних функцій вирізняють управління виробничою діяльністю, управління соціальним розвитком і трудовими ресурсами, управління фінансами, управління матеріальними ресурсами та реалізацією продукції, робіт та послуг, а також зовнішньоекономічну та природоохоронну функції[10].

Для визначення правомірності реалізації компетенції керівником підприємства в межах його адміністративно-правового статусу доцільним є застосування категорії «ефективність прийняття управлінських рішень», під яким розуміють «системну діяльність людей, які свідомо визначають варіант (альтернативу) дій, що забезпечує досягнення мети організації. Управлінське рішення відрізняється від засобів вирішень поточних виробничих завдань спрямованістю на організацію колективної праці; його приймає керівник (суб'єкт управління) у разі виникнення проблеми або нагальної потреби системно урегулювати відносини щодо організації виробництва»[11]. Без використання такої категорії неможливим є визначення відповідальності керівника при реалізації ним дискреційних повноважень, коли складно однозначно оцінити законність прийняття тих чи інших рішень.

Слід зазначити, що прийняття управлінського рішення є ключовим фактором при реалізації адміністративно-правового статусу керівника підприємства в частині компетенції як результат його юридичної обізнаності, аналітичної діяльності, прогнозування, аргументування, оптимізації і виявлення альтернативних рішень на підставі обробки сукупності економічної, соціальної та правової інформації. Процес прийняття управлінських рішень, що складається з кількох етапів, вимагає від керівника підприємства володіти чималою кількістю навичок та компетентностей, адже саме від цього залежить ефективність діяльності підприємства, кадрової політики та загалом економічного стану підприємства.

Змістом процесу прийняття управлінського рішення є сукупність послідовних і пов'язаних між собою процедур інтелектуальної діяльності керівника підприємства, продуктивною структурою з високоефективною організацією при обов'язковому використанні науково-технічних досягнень, оптимізацією технологій та залучення кваліфікованих кадрів.

Власне, прийняття рішення – базова функція посади керівника підприємства, що «пов'язана одночасно з іншими компетентностями, визначає їх зміст та вид ресурсів і обсяг повноважень щодо їх реалізації та забезпечення безпеки підприємства»[12].

Базовим значенням ефективності управлінських рішень є спрямованість їх змісту на досягнення стратегічних цілей підприємства. При цьому, як зазначається, цілевизначення – «це процес створення і формулювання мети (цілей), один із важливих елементів процесу управління, що визначає вид цільової функції». Відповідність чи невідповідність діяльності всіх співробітників підприємства, а особливо його керівника, визначеним цілям створення підприємства є своєрідним маркером виникнення деліктних правовідносин.

Підприємство як організація створюється з певною метою, і його виробнича діяльність повністю спрямовується на досягнення цієї мети. «Мета – плановий результат, що виступає як єдність бажаного і можливого. У підприємства як суб'єкта господарської діяльності, основною метою є одержання прибутку. Враховуючи, що наявність мети це ознака, яка виключно стосується людської діяльності, то й досягається така мета виключно засобами використання людського ресурсу – розумової праці суб'єктів прийняття та реалізації управлінських рішень. Мета є генеральним імперативом дій, що описує майбутній стан або процес як об'єкти, бажані для досягнення»[13].

Формулювання цілей та обмежень – важливе завдання адміністративно-правового регулювання господарської діяльності і характеристика компетентності керівників. У ринковій системі глобальною господарською метою (місією) є рівень задоволення ринкових потреб, що характеризується рівнем доходів, майновим станом, добробутом, рентабельністю, ліквідністю тощо.

Найбільш загальними етапами процесу ухвалення рішення є робота з інформацією (прийом, оброблення, представлення та розпізнавання ситуації), підготовка варіантів рішення, а також оцінка ефективності вибраного варіанта і прийнятого рішення. Кожен етап характеризується специфічними операціями і процедурами діяльності осіб в різних умовах (визначеності, ризику і невизначеності).

Глобалізація економіки вимагає стандартизації управління на підприємствах для забезпечення ефективного, прозорого, стратегічно передбачуваного менеджменту незалежно від форм власності та форм господарювання.

Слідування наведеного алгоритму при прийнятті управлінських рішень керівниками підприємств дає змогу мінімізувати негативні наслідки впливу ризиків на стан справ на підприємстві та оптимально ефективно досягати основної мети підприємства – отримання прибутку.

На національному рівні розроблено державний стандарт якості ДСТУ ISO 9001-2001 щодо якості управління на підприємстві[14], яким встановлені певні зобов'язання керівництва (5.1). Зокрема, вважається, що «найвище керівництво повинне надавати докази виконання своїх зобов'язань щодо розроблення та впровадження системи управління якістю і постійного поліпшення її результативності, використовуючи: а) доведення до всіх рівнів в організації важливості задоволення вимог замовника, а також регламентувальних та законодавчих вимог; б) формулювання політики у сфері якості; в) забезпечення установлення цілей у сфері якості; г) аналізування з боку керівництва; д) забезпечення ресурсами».

Адміністративно-правове регулювання діяльності керівників підприємств щодо питань поточного керівництва очолюваних підприємств створює нормативне підґрунтя для встановлення правомірності їх діяльності. Відповідно, неефективність управлінських рішень керівництва підприємства під час договірної діяльності може свідчити про порушення чинного законодавства та внутрішніх документів як-то контракти з керівниками підприємств, статути тощо.

Характерною рисою дій, вчинених керівником підприємства, є їх спрямованість проти інтересів очолюваної ним юридичної особи і спричинення відповідної матеріальної шкоди. Це, зокрема:

– зловживання дискреційними повноваженнями при укладанні угод з контрагентами;

– безпідставна уступка належного підприємству права вимоги до інших осіб;

– прийняття керівниками рішень, які негативно відбиваються на статутній діяльності підприємства та ведуть до виникнення фінансових втрат і збитків;

– заплутування звітності й обліку, знищення, пошкодження документів та інформації, внаслідок яких стає неможливою ефективна робота відповідного підприємства, установи чи організації.

Вказані дії керівника підприємства можуть свідчити про використання ним своїх повноважень всупереч законним правам та інтересам очолюваного ним підприємства, що передбачувано призводить до наближення стану цього підприємства до стану стійкої фінансової неспроможності.

Під стійкою фінансовою неспроможністю суб'єкта господарської діяльності слід розуміти «такий його фінансовий стан, за якого цей суб'єкт не здатен виконати свої грошові зобов'язання, у т.ч. щодо виплати заробітної плати, сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) до відповідних бюджетів»[15].

У даному випадку мається на увазі не тимчасовий розлад фінансової діяльності юридичної особи, внаслідок якого виникають прострочення платежів, а ситуація, яка виключає виконання даною юридичною особою вимог кредиторів. «Ознаками стану стійкої фінансової неспроможності можуть вважатись, зокрема: зупинення платежів, що триває понад 3 місяці, за наявності боргових зобов'язань, строки платежів по яких настали; наявність значної (понад 300 мінімальних розмірів заробітної плати) суми непогашених боргових зобов'язань, строки платежів по яких настали більш як 3 місяці тому; наявність значної суми непогашених боргових зобов'язань, визнаних юридичною особою – боржником або підтверджених виконавчими документами; наявність заяви про порушення справи про банкрутство даної юридичної особи, прийнятої до розгляду господарським судом і, тим більше, наявність ухвали господарського суду про порушення справи про банкрутство даної юридичної особи»[16].

Висновки та пропозиції. Враховуючи вищевикладене, можна стверджувати, що порушення при реалізації адміністративно-розпорядчих функцій в частині прийняття неефективних управлінських рішень керівництвом підприємства під час договірної діяльності може свідчити про порушення чинного законодавства та внутрішніх управлінських актів, як-то контракти з керівниками підприємств, статути тощо. Характерною рисою дій, вчинених керівником підприємства, є їх спрямованість проти інтересів очолюваної ним юридичної особи і спричинення відповідної матеріальної шкоди.

---

[1] Бевз С.І. Правосвідомість у правовому регулюванні державного управління у сфері господарської діяльності. *Підприємництво, господарство і право.* 2019. № 8. С. 64–68.

[2] Армаш Н.О. Державні політичні діячі: зарубіжний та вітчизняний досвід: навч. посіб. Київ, 2015. 164 с.

[3] Беззубов Д.О. Публічне адміністрування у сфері забезпечення економічної безпеки. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право.* 2018. № 2. С. 121–126.

[4] Овдіюк О.М. Управлінські рішення в технології менеджменту підприємств. *Ефективна економіка.* 2019. № 6. С. 45.

[5] Кисіль Л.Є. Керівник підприємства: компетенція та адміністративна відповідальність : монографія. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 1998. 81 с.

[6] Гапоненко Н.В. Правовой статус генерального директора производственного объединения : автореф. дис. … канд. юрид. наук. Москва, 1981. С. 12.

[7] Кіяшко В.І. Правове регулювання діяльності керівника підприємства, установи, організації як учасника трудових правовідносин : дис. … канд. юрид. наук. 2010. С. 6.

[8] Кіяшко В.І. Поняття та роль керівника в діяльності сучасного підприємства. *Форум права*. 2008. № 1. С. 221–224. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-1/08kvidcp.pdf

[9] Адміністративне право України. Академічний курс: підруч.: у 2 т. / ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). Т. 1: Загальна частина. Київ, 2004. 584 с.

[10] Кисіль Л.Є. Керівник підприємства: компетенція та адміністративна відповідальність : монографія. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 1998. 81 с.

[11] Загальні поняття про управлінські рішення. URL: https://helpiks.org/8-64433.html

[12] Беззубов Д.О. Інвестиційна безпека: господарсько-правове регулювання. *Юридичний вісник «Повітряне та космічне право»*. 2019. № 1. Т. 2. С. 125–131.

[13] Устенко А.О. Система управління підприємством. *Вісник Прикарпатського університету. Економіка*. 2014. Вип. X. С. 96.

[14] ДСТУ ISO 9001-2001. URL: https://www.zoda.gov.ua/files/WP_Article_File/original/000011/11933.pdf

[15] Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14

[16] Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / відп. ред.: С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Харків, 2013. 1104 с.

References:

Bevz, S.I. (2019). Legal awareness in the legal regulation of public administration in the field of economic activity. *Pidpryyemnytstvo, hospodarstvo i pravo,* 8, 64–68 [in Ukrainian].

Armash, N. (2015). State politicians: foreign and domestic experience. Kyiv : KNT [in Ukrainian].

Bezzubov, D.O. (2018). Public administration in the field of economic security. *Yurydychnyi visnyk «Povitriane ta kosmichne pravo»,* 2, 121–126 [in Ukrainian].

Ovdiyuk, O.M. (2019). Management decisions in technology of enterprise management. *Efektivna ekonomika,* 6, 45 [in Ukrainian].

Kysil, L.E. (1998). Head of the company: competence and administrative responsibility: monograph. Kyiv : Instytut derzhavy i prava im. V.M. Korets′koho NAN Ukrayiny [in Ukrainian].

Gaponenko, N.V. (1981). Legal status of the general director of a production association: author. dis. … cand. legal sciences [in Russian].

Kiyashko, V.I. (2010). Legal regulation of activity of the head of the enterprise, institution, organization as a participant of labor relations: dis. … cand. legal sciences [in Ukrainian].

Kiyashko, V.I. (2008). The concept and role of the manager in the activity of the modern enterprise. *Forum prava*, 1, 221–224 [in Ukrainian].

Averyanov, V.B. (2004). *Administrative law of Ukraine.* Academic course: Volume 1. Kyiv [in Ukrainian].

Kysil, L.E. (1998). Head of the company: competence and administrative responsibility: monograph. Kyiv : Instytut derzhavy i prava im. V.M. Korets′koho NAN Ukrayiny [in Ukrainian].

General concepts of management decisions. URL: https://helpiks.org/8-64433.html

Bezzubov, D.O. (2019). Investment security: economic regulation. *Yurydychnyi visnyk «Povitriane ta kosmichne pravo»,* 1, 2, 125–131 [in Ukrainian].

Ustenko, A.O. (2014). Enterprise management system. *Visnik Prikarpatskogo universitetu. Ekonomika*, 10, 96 [in Ukrainian].

DSTU ISO 9001-2001. URL: https://www.zoda.gov.ua/files/WP_Article_File/original/000011/11933.pdf [in Ukrainian].

The Criminal Code of Ukraine at 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 [in Ukrainian].

Kivalov, S.V., Mishenko, S.M., Zaharchenko, V.Yu. (2013). *The Criminal Procedure Code of Ukraine. Scientific and practical commentary* [in Ukrainian].

Резюме

Горбань Є.А. **Реалізація адміністративно-розпорядчих функцій керівників підприємств як критерій правомірності їх діяльності.**

У статті розглядається проблема оцінки адміністративно-розпорядчих функцій як засобу забезпечення законності в реалізації керівником своїх повноважень. Подаються авторські пропозиції щодо методологічних, наукових та організаційних складових алгоритму оцінки реалізації адміністративно-розпорядчих функцій. Вказуються на закономірності та критерії оцінки процесу прийняття управлінських рішень в діяльності керівників та пояснюється специфіка застосування відповідного алгоритму у договірних відносинах для встановлення доброчесності контрагентів.

Ключові слова: адміністративно-розпорядчі функції, посадова особа, ефективність, діяльність підприємства.

Резюме

Горбань Е.А. **Реализация административно-распорядительных функций руководителей предприятий как критерий правомерности их деятельности.**

Целью статьи является определение методов и способов оценки реализация административно-распорядительных функций руководства предприятия в договорных отношениях как основного показателя эффективности деятельности должностных лиц и, как следствие, показатель правомерности их должностной деятельности.

В статье сделаны выводы, что неправомерная реализация административно-распорядительных функций руководства предприятия при договорной деятельности может свидетельствовать о нарушении действующего законодательства и внутрен-

них управленческих актов – таких как контракты с руководителями предприятий, уставы и тому подобное. Характерной чертой действий, совершенных руководителем предприятия, является их направленность против интересов возглавляемого им юридического лица и причинение соответствующего материального ущерба.

Ключевые слова: административно-распорядительные функции, должностное лицо, деятельность предприятия.

Summary

Eugene Gorban. **The implementation of the administrative and managerial functions of enterprise managers as a criterion for the legality of their activities.**

Statement of the problem: identification of patterns (algorithm) and criteria for evaluating the process of making managerial decisions in the activities of law enforcement agencies and the application of the corresponding algorithm in contractual relations to establish the integrity of counterparties.

Purpose: determination of methods and methods for evaluating the process of making managerial decisions in contractual relations as the main indicator of the performance of officials and, as a result, an indicator of the legitimacy of their official activities.

The article is to determine the methods and methods for assessing the implementation of the administrative and administrative functions of the enterprise management in contractual relations as the main indicator of the performance of officials and, as a result, an indicator of the legitimacy of their official activities.

The article concludes that the unlawful implementation of the administrative and administrative functions of the enterprise's management during contractual activities may indicate a violation of applicable law and internal management acts - such as contracts with company managers, charters and the like. A characteristic feature of the actions committed by the head of the enterprise is their orientation against the interests of the legal entity headed by him and causing the corresponding material damage.

Organizations of all types and sizes are confronted with external and internal factors and influences that bring uncertainty to their goals. Risk management is iterative and helps organizations to define strategy, achieve goals and make informed decisions.

Risk management is part of the management system and an element of leadership and is fundamental to how an organization is managed at all levels. It helps to improve management systems. Risk management is part of all organization-related activities and involves stakeholder engagement. Risk management takes into account the external and internal context of the organization, including factors related to human behavior and culture. The indicated actions of the head of the enterprise may indicate the use of his authority in defiance of the legitimate rights and interests of the enterprise headed by him, predictably leads to the approximation of the state of this enterprise to a state of stable financial insolvency.

Sustainable financial insolvency of a business entity should be understood as its financial condition in which this entity is not able to fulfill its monetary obligations, including on the payment of wages, taxes, fees (mandatory payments) in the respective budgets.

The emphasis is placed on the fact that this is not a temporary disruption in the financial activities of a legal entity that results in late payments, but a situation that precludes the fulfillment by a legal entity of the requirements of creditors. Signs of a state of sustainable financial insolvency can be considered, in particular: stoppage of payments, lasts more than 3 months, if there are debt obligations, payment deadlines for which have arrived; the presence of a significant (more than 300 minimum wage) amounts of outstanding debt obligations, the payment dates for which came more than 3 months ago; the presence of a significant amount of outstanding debt recognized by a legal entity – debtor or confirmed by executive documents; the presence of an application to initiate bankruptcy proceedings of a given legal entity accepted for consideration by an economic court, and even more so, the existence of a determination of an economic court to institute bankruptcy proceedings of a given legal entity.

Key words: administrative functions, official, enterprise activity.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.26

УДК 336.221

М.А. НОСКОВА

Марина Андріївна Носкова, *аспірант ПВНЗ «Університет сучасних знань»*[*]

ORCID: 0000-0001-9152-4907

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ РИЗИКОВИХ ПЛАТНИКІВ ПОДАТКІВ

Постановка проблеми. Ідентифікація ризикових платників податків – важливий інструмент забезпечення публічного інтересу в адмініструванні податків з метою подальшого виявлення фактів заниження платниками податків суми податкових зобов'язань та застосування схем незаконної мінімізації рівня податкового навантаження, а також інших правопорушень. Ідентифікація як первинний етап є однією з найбільш важливих стадій обрахування та проведення моніторингу суб'єктів господарювання на предмет ризиковості із подальшим їх внесенням до переліку ризикових платників податків. Даний процес тісно пов'язаний із застосуванням критеріїв, за якими визначають ризикових платників податків і наскільки такі критерії будуть оптимально виваженими та інструментально об'єктивними, настільки і підвищиться ефективність та резуль-

© М.А. Носкова, 2019

[*] ***Maryna Noskova,*** *Postgraduate student of the University of Modern Knowledge*

тативність контрольно-перевірочних заходів фіскальних органів, що прямо впливає на надходження до державного бюджету. Зважаючи на висловлене, варто зазначити, що в умовах широко розповсюдженої тінізації економіки актуальною науково-практичною проблемою є дослідження адміністративно-правових засад ідентифікації ризикових платників податків.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню даної проблематики присвятили увагу науковці зі сфери адміністративного права та державних фінансів. Зокрема слід відзначити, що у роботах таких українських вчених-правознавців, як М.О. Ларіонов, О.І. Пацула та економістів, таких як О.С. Ватаманюк, Л.М. Карпов, Е.Е. Романюта, К.П. Проскура, О.Є. Сушкова, І.В. Точиліна та інші, визначаються основні методологічні принципи та аналізується процес ідентифікації ризикових платників податків, проводиться порівняння з аналогічним закордонним досвідом. Зарубіжні дослідники так само приділяють увагу аналізованій проблематиці, серед яких слід відзначити таких авторів, як C. Eaton, K. Krieger, M. Klein, Л.Г. Чанкселіані, Р.Е. Шабаєв тощо. Аналіз наявного наукового доробку з проблеми дає можливість констатувати, що дослідницькі та прикладні завдання, пов'язані з проблематикою податкових ризиків, знаходяться на стадії формування. Одним із наслідків такого стану розробленості проблеми є той факт, що у підходах до вирішення досліджуваної проблеми серед зазначених та інших дослідників поза увагою залишився аналіз адміністративно-правових засад ідентифікації ризикових платників податків.

Формулювання мети статті. Метою дослідження в даній статті є характеристика адміністративно-правових засад ідентифікації ризикових платників податків, водночас як завданням статті є пошук напрямів удосконалення адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Більшість досліджень на тему податкових ризиків присвячено розгляду питання податкових ризиків платників податків. Це, на погляд Р.Е. Шабаєва, зумовлено тим, що теорія ризику та невизначеності історично була пов'язана з діяльністю господарюючих суб'єктів, оскільки головним підприємницьким ризиком було неотримання запланованого рівня прибутку. З метою оптимізації податкових платежів, а також визначення ситуацій, при яких величина податкових платежів може збільшитися, організації змушені проводити роботу з оцінки податкових ризиків[1].

В Україні, так само як і у багатьох інших державах, особливо у країнах пострадянського простору, податкова діяльність господарюючого суб'єкта як невід'ємна частина його фінансово-господарської діяльності являє собою сукупність регламентованих дій щодо обчислення та сплати законно встановлених податків і зборів з досягненням максимально можливого позитивного фінансового результату в конкретних умовах господарювання. Податкова діяльність здійснюється в умовах податкової невизначеності як наслідок диспаритету фіскальної і регулюючої функцій вітчизняної податкової системи, наявності прогалин у законодавстві і суперечливості податкових правових норм, відставання модернізації податкового механізму від темпів розвитку економіки. Говорячи про податкову невизначеність, Л.Г. Чанкселіані виділяє в якості причини виникнення податкового ризику податкову невизначеність закону і податкову невизначеність наслідків. На його погляд, податкова невизначеність закону – це неповнота, неточність текстуальних формулювань норм податкового права, втрата актуальності інформації, необхідної для належного виконання обов'язків перед бюджетом. Водночас податкова невизначеність наслідків – сукупність фінансових, процесуально-правових і соціальних наслідків, що виникають під впливом податкового ризику[2].

Погоджуючись із схарактеризованою вище формулою причинно-наслідкових зав'язків між податковою невизначеністю закону та наслідків, зважаючи на надзвичайну значимість ефективного функціонування податкової політики, слід констатувати, що в українському законодавстві не урегульовано порядок ідентифікації ризикових платників податків.

Водночас варто зазначити, що сучасна практика виявлення органами ДФС України ризикових суб'єктів господарювання базується на відпрацюванні широкого переліку індикаторів податкових ризиків, які знаходяться переважно у сфері сплати ПДВ й оподаткування заробітної плати, а також характеризуються різним ступенем інформативності стосовно наявності фактів використання схем мінімізації сплати податків суб'єктами господарювання[3].

Сфери виникнення податкових ризиків визначаються специфікою податкових відносин і суб'єктного складу їх учасників, а також особливостями впливу на рівень податкових зобов'язань. Основними факторами, що провокують виникнення й розвиток ризикових ситуацій, є: низька якість прийняття і реалізації податкового законодавства, незбалансованість заходів податкового регулювання та стимулювання, внутрішні суперечності нормативно-правових актів, нестабільне застосування податкових норм і правил органами-адміністраторами; суперечливість правозастосовної практики; невиконання платниками податків чинного законодавства[4].

Отже, очевидність виникнення податкових ризиків зумовлює потребу в ідентифікації ризикових платників податків, що в Україні здійснюється спеціалізованим державним органом – Державною фіскальною службою України (далі – ДФСУ).

Відповідно до звіту ДФСУ значна увага в ході впровадження системи ідентифікації ризикових платників податків зосереджена також на комплексному контролі та відпрацюванні ризиків з ПДВ[5]. Система автоматизованого моніторингу відповідності податкових накладних критеріям оцінки ступеня ризиків, достатніх для зупинення реєстрації таких податкових накладних в Єдиному реєстрі податкових накладних, що працює в ДФСУ з 1 липня 2017 р. у повноцінному режимі, побудована таким чином, щоб превентивно реагувати на зловживання недобросовісних платників податків – не лише бачити потенційні порушення, а й унеможливи-

ти безпідставне формування податкового кредиту навіть до моменту подання податкової декларації з ПДВ, вже на стадії реєстрації податкової накладної. Для цього в структурі Департаменту моніторингу доходів та обліково-звітних систем створено управління організації роботи щодо прийняття рішень про реєстрацію податкових накладних та моніторингу управління ризикових операцій. Зазначений структурний підрозділ, відповідно до компетенції, використовує та впроваджує в ДФСУ систему ризик-менеджменту, яка базується на критеріях ризику невиконання податкового законодавства України. Однак варто враховувати, що у цьому випадку відпрацювання ризиків зосереджено тільки у сфері справляння ПДВ[6].

Адміністративно-правове регулювання здійснення описаних вище процедур здійснюється на підставі п. 5 Порядку зупинення реєстрації податкової накладної/розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних від 21 лютого 2018 р. № 117 (далі – Порядок № 117)[7], податкова накладна/розрахунок коригування, які підлягають моніторингу, перевіряються на відповідність критеріям ризиковості платника податку, критеріям ризиковості здійснення операцій та показникам позитивної податкової історії платника податку.

Водночас слід зазначити, що реалізація Порядку № 117 здійснюється органами ДФСУ на підставі Листа ДФСУ від 7 серпня 2019 р. № 1962/99-99-29-01-01[8], який встановлює критерії ризиковості платників податків. Проте, на наш погляд, слід звернути увагу на той факт, що адміністративно-правове регулювання ідентифікації ризикових платників податків має здійснюватися не на підставі листів виконавчих органів влади, що носять рекомендаційний характер і не наділені регуляторними функціями нормативно-правових актів, а на підставі постанов Кабінету Міністрів України. Проте, всупереч очевидним неправомірним обставинам, що визначають порядок ідентифікації ризикових платників податків, комісії головних управлінь ДФСУ в областях, м. Києві та Офісу великих платників податків, ДФСУ можуть розглядати питання щодо встановлення ризиковості платника податків, що вважаємо порушенням принципів правової визначеності та імперативності нормативно-правових актів. Такі прогалини у законодавстві часто призводять до судових оскаржень рішень органів ДФСУ, коли позовні вимоги позивача про визнання протиправними та скасування відповідних рішень Комісії ГУ ДФСУ задовольняються судом. Одним із типових прикладів є рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 9 жовтня 2019 р. № 640/9647/19[9] щодо повного задоволення позову товариства з обмеженою відповідальністю «СІТІ ПРОДЖЕКТ» проти Головного управління ДФС в м. Києві, визнав протиправним та скасував рішення комісії ГУ ДФС у м. Києві про відмову в реєстрації податкових накладних.

Безперечно, адміністративно-правові засади ідентифікації ризикових платників податків потребують нормативно-правового визначення, оскільки, як слушно наголошує О.Є. Сушкова[10], побудова системи відбору ризикових суб'єктів господарювання на основі даних фінансової звітності дасть змогу підвищити ефективність контрольно-перевірочної роботи органів ДФС України за рахунок зменшення витрат на проведення контрольно-перевірочних заходів та збільшення фіскального ефекту від цих заходів.

Враховуючи динамічний характер процесів адміністрування, кращі світові практики, під якими розуміють перевірений та достовірний підхід, що застосовується більшістю передових податкових органів, зрештою можуть переглядатися та замінюватися з плином часу. Однак останні досягнення у цій сфері зафіксовано в цілому ряді аналітичних і рекомендаційних документів. Так, на застосуванні принципів управління ризиками засновані сучасні стратегії забезпечення добровільного дотримання податкового законодавства. Тож при розробці та реалізації програм дотримання податкового законодавства слід керуватися відповідними методичними рекомендаціями, напрацьованими фахівцями Міжнародного Валютного Фонду й Організації Економічного Співробітництва та Розвитку[11,12]. У свою чергу, Керівництво Європейської Комісії для податкових адміністрацій з управління ризиками та дотримання законодавства (Compliance risk management guide for tax administrations, CRMGTA, 2010) містить опис теоретичних основ управління податковими ризиками і більше 20 прикладів успішного застосування методів та інструментів державного управління податковими ризиками у державах ЄС[13].

В узагальненому вигляді краща світова практика управління інституційними ризиками та ризиками недотримання вимог податкового законодавства передбачає, що в податкових відомствах належним чином організована робота щодо збирання інформації про зовнішні та внутрішні ризики, а виявлені ризики оцінюються, розподіляються за ступенями впливу на виконання кожною з груп платників податків усіх видів податкових обов'язків, що на них покладені, за основними видами податків. Розподіл платників податків на категорії передбачає розподілення усієї сукупності платників на зручні для спостереження групи з однаковими характеристиками і потенційними ризиками недотримання податкових норм: підприємства, фізичні особи, державні установи і некомерційні організації, а кожна з цих категорій може бути розподілена на підкатегорії на основі розміру, галузевої приналежності та типів суб'єктів господарювання. Щодо видів податків – то до уваги, як правило, беруться лише основні бюджетоутворюючі податки. Дотримання усіх чотирьох обов'язків платників податків якраз і гарантує дотримання податкового законодавства, виконання податкових правил[14].

Окрім цього, цікавим європейським досвідом є практика використання інноваційних IT-інструментів в управлінні податковими ризиками, що охоплюють такі фази процесу управління, як ідентифікація та аналіз ризику, наприклад: FALKO, що функціонує в Італії, є одним із найбільш інноваційних IT-інструментів, який використовує податкова служба країни для виявлення великих платників податків, що потребують перевірки[15]. Аналізуючи досьє платників податків, які мають особливі обсяги діяльності, Офіс Великих Платників (Large Taxpayer Unit) на центральному рівні та регіональні податкові офіси використовують цей інструмент

для складання річного плану перевірок. Коректне планування перевірок залежить від кількості та якості доступних для аналізу даних. Технологія FALKO містить як внутрішні, так і зовнішні дані. Зокрема, до внутрішніх даних належать інформація, що стосується ПДВ-номера, податкового коду та всієї податкової інформації, такої, як: підсумок часових трендів специфічних даних податкових декларацій (з ПДВ і податку на прибуток) за останні п'ять років, дані про платежі та деталізована інформація про перевірочну діяльність, що вже здійснювалася; інформація про злиття та поділи, наявність втрат податкових надходжень і дані з податкових декларацій[16].

Резюмуючи зарубіжну практику, слід погодитись із Р.Е. Шабаєвим у тому, що більшість прийнятих суб'єктом ризику управлінських рішень відбивається в нормативних правових актах. Правові методи полягають у тому, що за результатами ідентифікації податкових ризиків або у випадках їх реалізації суб'єкт ризику має можливість змінюватися зі зміни положень законів і підзаконних нормативних правових актів, що містять в собі фактори, які провокують прояв податкових ризиків. Своєчасна актуалізація нормативно-правової бази як у вигляді прийняття нових правових актів, так і внесення змін у закони і підзаконні акти забезпечує приведення положень законодавства відповідно до потреб розвитку бюджетної та податкової систем на рівні держави й регіонів, а також їх адаптацію до економічних реалій. Застосування правових методів проте не повинно порушувати принцип стабільності. Вже протягом кількох років це є постулатом розвитку бюджетної та податкової систем держав. Рішення щодо внесення змін до законодавства повинні носити виважений характер[17].

Висновки. Таким чином, характерні особливості адміністративно-правових засад ідентифікації ризикових платників податків в Україні засвідчують наявність суттєвих регуляторних прогалин. Стан нормативно-правового забезпечення представлений єдиною спеціалізованою Постановою КМУ № 117, регламентація якої здійснюється на підставі рекомендацій листа ДФСУ, у якому містяться критерії ідентифікації ризикових платників податків. Формальні характеристики та судова практика засвідчують, що відсутність системного нормативно-правового регулювання даних суспільних відносин призводить до значних проблем у правозастосуванні, коли органи ДФСУ часто неправомірно здійснюють блокування, або відмову в реєстрації податкових накладних чи розрахунків коригування. У такому разі очевидною є проблема удосконалення нормативно-правового регулювання цієї сфери шляхом ухвалення комплексного нормативно-правового акта з відповідними регуляторними властивостями. При формулюванні норм даного акта потрібно поєднати не тільки критеріальні основи ідентифікації, а й сам порядок проведення ідентифікації та відповідні подальші процедури. У цьому контексті суттєве значення має зарубіжний досвід, зокрема потребує імплементації систематизація критеріальної ідентифікації: 1) аналіз на предмет зовнішніх і внутрішніх ризиків (проведення господарської діяльності у офшорних або тимчасово непідконтрольних юрисдикціях); 2) категоріальна стратифікація платників за організаційно-правовою формою; 3) стратифікація за критеріями обсягів податкових зобов'язань; 4) аналіз динаміки податкових декларацій за період. Отже, перспективами подальших досліджень стають напрями удосконалення адміністративно-правового регулювання ідентифікації та моніторингу ризикових платників податків в Україні з послідовною адаптацією цієї системи до стандартів ефективних зарубіжних практик, зокрема практик країн Європейського Союзу.

---

[1] Шабаев Р.Э. Совершенствование методов оценки и регулирования налоговых рисков субъектов Российской Федерации: дисс. … канд. экон. наук: 08.00.10. Москва, 2018. С. 129.

[2] Чанкселиани Л.Г. Налоговая неопределенность как источник риска в налоговой сфере. *Приоритетные направления финансовой политики 21 века*: материалы Международной научно-практической конференции. Волгоград: Волгоградское научное изд-во, 2010. С. 99.

[3] Сушкова О.Є. Вдосконалення підходу до ідентифікації ризикових платників податків. *Економіка і суспільство*. 2017. Вип. № 8. С. 691.

[4] Артеменко Г.А. Применение риск-ориентированного подхода в методике налогового контроля. *JOURNAL OF ECONOMIC REGULATION (Вопросы регулирования экономики)*. 2011. Т. 2. № 2. С. 85.

[5] Звіт про виконання Плану роботи Державної фіскальної служби України на 2017 рік. Київ. ДФСУ. URL: http://sfs.gov.ua/data/files/223549.PDF

[6] Точиліна І.В. Рівень розвитку системи управління податковими ризиками в Україні. *Ефективна економіка*. 2018. URL: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/7_2018/52.pdf

[7] Про затвердження порядків з питань зупинення реєстрації податкової накладної / розрахунку коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних: постанова Кабінету Міністрів України від 21.02.2018 р. № 117 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/117-2018-%D0%BF

[8] Критерії ризиковості платника податку: лист Державної фіскальної служби України від 07.08.2019 р. № 1962/99-99-29-01-01. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1962872-19

[9] Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 09.10.2019 р. № 640/9647/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84825873

[10] Сушкова О.Є. Вдосконалення підходу до ідентифікації ризикових платників податків. *Економіка і суспільство*. 2017. Вип. № 8. С. 694.

[11] Revenue Administration: Developing a Taxpayer Compliance program. 2010, IMF Technical note. URL: https://www.imf.org/extemal/pubs/ft/tnm/2010/tnm1017.pdf

[12] Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance. 2004, OECD guidance note. URL: https://www.oecd.org/tax/administration/33818656.pdf

[13] Compliance risk management guide for tax administrations. 2010, EC FRMPG. URL: https://ec.europa.eu/taxationcustoms/sites/taxation/files/resources/documents/common/publications/infodocs/taxation/riskmanageguideen.pdf

[14] Точиліна І.В. Вказана праця.

[15] Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries: Comparative Information Series (2010) / Centre for tax policy and administration. Forum on tax administration, 3 March 2011. URL: www.oecd.org.dataoecd/2/37/47228941.pdf

[16] Романюта Е.Е. Європейська практика управління податковими ризиками: уроки для України. *Причорноморські економічні студії*. 2017. Вип. 18. С. 29.

[17] Шабаев Р.Э. Совершенствование методов оценки и регулирования налоговых рисков субъектов Российской Федерации: дисс. … канд. экон. наук: 08.00.10, Москва, 2018. С. 121.

References:

Shabayev, R.E. (2018*). Improving methods for assessing and regulating tax risks of constituent entities of the Russian Federation.* Candidate's thesis. Moskow: FGOBU [in Russian].

Chankseliani, L.G. (2010). Tax uncertainty as a source of risk in the tax sphere. *Prioritetnyye napravleniya finansovoy politiki 21 veka: materialy Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*. Volgograd: Volgogradskoye nauchnoye izdatel'stvo. 97–103 [in Russian].

Sushkova, O.E. (2017). Improving the approach to identification of risky taxpayers. *Ekonomika i suspil'stvo,* 8*,* 690–694 [in Ukrainian].

Artemenko, G.A. (2011). Application of a risk-based approach in tax control methods. *Journal Of Economic Regulation* (Voprosy regulirovaniya ekonomiki), 2, 2, 84–96 [in Russian].

Report on the implementation of the Work Plan of the State Fiscal Service of Ukraine for 2017. (2017) Kiev. SFSU. URL: http://sfs.gov.ua/data/files/223549.PDF [in Ukrainian].

Tochylina, I.V. (2018). Level of development of tax risk management system in Ukraine. *Efektyvna ekonomika.* URL: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/7_2018/52.pdf [in Ukrainian].

On approval of procedures for suspension of registration of tax invoice / calculation of adjustment in the Unified register of tax invoices № 117 (2018, February 21). Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/117-2018-%D0%BF [in Ukrainian].

Taxpayer's risk criteria. (2019, August 07). Letter from the State Fiscal Service of Ukraine № 1962/99-99-29-01-01. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1962872-19 [in Ukrainian].

The decision of the District Administrative Court of Kyiv (2019, October, 09) № 640/9647/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84825873 [in Ukrainian].

Revenue Administration: Developing a Taxpayer Compliance program. 2010, IMF Technical note. URL: https://www.imf.org/extemal/pubs/ft/tnm/2010/tnm1017.pdf [in English].

Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance. 2004, OECD guidance note. URL: https://www.oecd.org/tax/administration/33818656.pdf [in English].

Compliance risk management guide for tax administrations. 2010, EC FRMPG. URL: https://ec.europa.eu/taxationcustoms/sites/taxation/files/resources/documents/common/publications/infodocs/taxation/riskmanageguideen.pdf [in English].

Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries: Comparative Information Series (2010/2011, March, 3) / Centre for tax policy and administration. Forum on tax administration. URL: www.oecd.org.dataoecd/2/37/47228941.pdf [in English].

Romanyuta, E.E. (2017). European Tax Risk Management Practices: Lessons for Ukraine. *Prychornomors'ki ekonomichni studiyi*, 18, 29. [in Ukrainian].

Резюме

Носкова М.А. **Адміністративно-правові засади ідентифікації ризикових платників податків.**

У статті досліджено характеристику адміністративно-правових засад ідентифікації ризикових платників податків. Виявлено причини виникнення ризиків в оподаткуванні, встановлено недоліки у законодавстві, яке регулює порядок ідентифікації ризикових платників податків. На основі аналізу теорії і практики правового регулювання та зарубіжного досвіду запропоновано напрями удосконалення адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у цій сфері. х.ріовооо

найчастіше законодавство передбачало адміністративний порядок оскарження. Виключався судовий захист від незаконних дій державних органів і у сфері найбільш значущих соціально-економічних і громадянських прав, наприклад, у сфері соціального забезпечення, індивідуальної трудової діяльності тощо. Такі обмеження практично унеможливлювали здійснення права громадян на судовий захист від незаконних дій органів управління. Внаслідок цього частіше використовувався адміністративний порядок оскарження дій державних органів і посадових осіб, який не гарантував об'єктивного вирішення публічно-правового спору.

Вже у 1996 р. була прийнята нова Конституція України, яка закріпила право на оскарження як складову частину права на звернення до органів державної влади, місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів. Було вказано, що будь-яка фізична особа: громадянин України, іноземний громадянин, особа без громадянства мають право звернутися зі скаргою у відповідний орган державної влади, місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів. Надаючи громадянам таке право, держава гарантує обов'язок розглянути звернення і дати обґрунтовану на них відповідь у встановлений законом строк. Тобто для визначення суб'єктів права на звернення, у тому числі й права на оскарження, у Конституції України використовується узагальнюючий термін «усі мають право направляти … звернення»[8]. Таким чином, Конституція України не обмежує кола суб'єктів звернення.

Тож таке формулювання щодо визначення суб'єктів права звернення (у тому числі й права на оскарження як його складової частини) можна вважати досить вдалим. На відміну від аналогічної норми ст. 33 Конституції Російської Федерації, яка вказує, що «громадяни Російської Федерації мають право звертатись особисто, а також направляти індивідуальні та колективні письмові звернення в державні органи та органи місцевого самоврядування». Ряд російських вчених, критикуючи таке формування, зазначають, що виникає запитання, чи визнається дане право за іноземними громадянами та особами без громадянства[9].

Таким чином, європейський поступ України обумовив прийняття в державі низки нормативно-правових актів, які б мали наблизити українське суспільство та правову систему України до державно-правових стандартів сучасних, високорозвинених країн Європи.

Одним із таких нормативно-правових актів є Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р., прийняття якого – надзвичайно важлива соціальна, правова, державно-політична подія у житті українського суспільства. Значення вказаного кодифікованого закону пояснюється тим, що фізичні та юридичні особи отримали можливість захистити свої права, свободи та законні інтереси у сфері публічно-правових відносин від порушень, вчинюваних органами виконавчої влади, зокрема, митними органами, а також отримали право на оскарження рішень, дій чи бездіяльності вказаних органів.

Важлива роль у справі захисту прав, свобод та законних інтересів осіб у сфері державного управління та місцевого самоврядування відводиться судам адміністративної юстиції, бо саме на них з набранням чинності КАС України покладено розгляд і вирішення правових спорів, де однією стороною виступає особа (фізична або юридична), а іншою – орган державної влади або орган місцевого самоврядування, їхні посадові і службові особи, інші суб'єкти публічної влади при здійсненні ними управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень. За таких обставин питання щодо здійснення адміністративного судочинства набувають особливої актуальності[10].

Відповідно до вищевказаних положень Конституції України та КАС України, 13 березня 2012 р. набув чинності Митний кодекс України[11], який гарантує кожній особі право на оскарження рішень, дій або бездіяльності митних органів, їх посадових осіб та інших працівників, якщо вважається, що цими рішеннями, діями або бездіяльністю порушено її права, свободи чи інтереси. Слід зазначити, що одним із основних нововведень цього Кодексу є закріплена процедура оскарження, зокрема (глава 4), визначається порядок оскарження протиправних рішень, дій або бездіяльності митних органів, їх посадових осіб та інших працівників, вимоги до форми та змісту скарг, строки їх подання, порядок і строки їх розгляду.

Треба сказати, що ст. ст. 25 та 29 виокремлюють два способи оскарження. По-перше, рішення, дії або бездіяльність митних органів, їх посадових осіб та інших працівників можуть бути оскаржені до посадових осіб та органів вищого рівня. Регламентовано, що посадовими особами вищого рівня стосовно посадових осіб та інших працівників митниці є керівники цих органів. Органами вищого рівня є: щодо митних постів – митниці, структурними підрозділами яких є ці митні пости; щодо митниць, спеціалізованих митних органів, митних організацій – центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну митну політику. По-друге, рішення, дії або бездіяльність митних органів, їх посадових осіб та інших працівників можуть бути оскаржені до суду.

Таким чином, подача скарги на рішення, дії або бездіяльність митного органу або його посадової особи до посадових осіб та органів вищого рівня не виключає можливості одночасної або наступної подачі скарги подібного змісту до суду.

Слід сказати, що важливим моментом у реалізації права на оскарження є можливість вибору особою способу оскарження: адміністративний чи судовий порядок. Тривалий час адміністративний порядок розгляду спорів залишався виключним. Головна причина відсутності адміністративного судочинства полягала, на думку Ю.М. Старілова, у домінуючій в ті часи державній ідеології, а також у специфіці самої системи права. Звернення громадян у суд з позовом, на рішення та дії органів виконавчої влади та посадових осіб, могли підірвати міф щодо ефективності радянського державного управління, яке вважалося «найбільш демократичним та ефективним у світі»[12]. Таким чином, фактично, заперечувався захист публічних суб'єктивних прав громадян у судових органах.

Нові підходи до функціонування судової влади визначила Конституція України 1996 р., вказавши, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» № 9 від 1 листопада 1996 р. зазначено, що суд не вправі відмовити у прийнятті позовної заяви чи скарги лише з тієї підстави, що її вимоги можуть бути розглянуті у передбаченому законом досудовому порядку[13].

Іншим позивним моментом, що розширює захист прав і свобод громадян є рішення Конституційного Суду України від 25 листопада 1997 р. щодо права на оскарження у суді неправомірних дій посадової особи. У ньому зазначено, що подання скарги до органу, посадової особи вищого рівня не перешкоджає оскарженню цих рішень, дій чи бездіяльності до суду[14].

Враховуючи викладене, можна зробити висновки, що спосіб оскарження (адміністративний чи судовий) повинен визначатися самою особою, що подає скаргу. Також рішення органу виконавчої влади, зокрема митного органу, що розглядав скаргу, у будь-якому випадку не може бути остаточним (у розумінні неможливості скасування) і може бути оскаржено у судові органи.

Право на оскарження не буде мати жодної практичної цінності, якщо це право, процес його реалізації не будуть забезпечені відповідними гарантіями.

Висновки. Підбиваючи підсумки, слід сказати, що право на оскарження виступає одним із засобів захисту інших суб'єктивних прав. Разом із тим воно має самостійну цінність і також потребує захисту. До гарантій захисту права особи на оскарження належить законодавчо забезпечена можливість звернення особи за захистом права до компетентних органів держави чи посадових осіб, зокрема митних органів у випадку необґрунтованого створення перешкод у реалізації права на оскарження, обмеження чи позбавлення вказаного права. Сьогодні ми маємо досить вагомі, історично сформовані правові підстави захисту прав і свобод громадян і юридичних осіб, що підтверджують основну тезу демократії: «права і свободи громадян є найвищою цінністю держави, а вочевидь мають охоронятися її інститутами».

---

[1] Лазарев Б.М. Формы советского государственного управления. *Формы государственного управления*. Москва: ИГПАН, 1983. С. 5.

[2] Кобалевский В.Л. Очерки советского административного права. Харьков, 1924. 260 с.

[3] Слісаренко А.Г., Томенко М.В. Історія Української Конституції. Київ, 1993. С. 101.

[4] Адміністративний кодекс УРСР. Київ: Рад. будівництво і право, 1934. 157 с.

[5] Про дальше обмеження застосування штрафів, що накладаються в адміністративному порядку: Указ Президії Верховної Ради УРСР від 15 грудня 1961 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1962. № 1. Ст. 21.

[6] Про звернення громадян: Закон України від 02 жовтня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 47. Ст. 257.

[7] Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. *Права людини.* Міжнародні договори України. Київ, 1992. С. 36.

[8] Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

[9] Бахрах Д.Н. Административное право России. Москва: Норма, 2000. С. 141.

[10] Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. Р.О. Куйбіди. Київ : Книги для бізнесу, 2007. Т. 1. 742 с.

[11] Митний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України.* 2012. № 44–45; № 46–47; № 48. С. 1858.

[12] Старилов Ю.Н. Административная юстиция. Москва: Норма, 2001. С. 11.

[13] Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя: постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 01 листопада 1996 р. *Закон і бізнес.* 1996. № 56.

[14] Рішення Конституційного Суду України № 6 від 25 листопада 1997 р. *Вісник Конституційного Суду України*. 1998. № 1.

References:

Lazarev, B.M. (1983). *Formy sovetskogo gosudarstvennogo upravleniya. Formy gosudarstvennogo upravleniya.* M.: YGPAN [in Russian].

Kobalevskij, V.L. (1924). *Ocherky sovetskogo admynystratyvnogo prava.* Xarkov [in Russian].

Slisarenko, A.G, Tomenko, M.V. (1993). *Istoriya Ukrayinskoyi Konstytuciyi.* Kyiv [in Ukrainian].

Administratyvnyj kodeks URSR. (1934) Rad. budivnycztvo i pravo. Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].

Pro dal`she obmezhennya zastosuvannya shtrafiv, shho nakladayutsya v administratyvnomu poryadku. № 10. (1961, grudnya 15). *Vidomosti Verxovnoyi Rady URSR*, 53 [in Ukrainian].

Pro zvernennya gromadyan: Zakon Ukrayiny vid (1996, zhovtnya 02). *Vidomosti Verxovnoyi Rady Ukrayiny*, 47, 257 [in Ukrainian].

Mizhnarodnyj pakt pro gromadyanski i politychni prava (1992). Prava lyudyny. Mizhnarodni dogovory Ukrayiny. Kyiv [in Ukrainian].

Konstytuciya Ukrayiny (1996). *Vidomosti Verxovnoyi Rady Ukrayiny*, 30 [in Ukrainian].

Bahrah, D.N. (2000). *Admynystratyvnoe pravo Rossii.* M.: Norma, 2000 [in Russian].

Kodeks administratyvnogo sudochynstva Ukrayiny. (2005, chervnia 06). *Vidomosti Verxovnoyi Rady Ukrayiny.* Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].

Mytnyj kodeks Ukrayiny. (2012, bereznia 13). *Vidomosti Verxovnoyi Rady Ukrayiny.* Kyiv: Parlam. vyd-vo [in Ukrainian].

Starylov, Yu. N. (2001). *Admynystratyvnaya yustyciya.* M.: Norma [in Russian].

Pro zastosuvannya Konstytuciyi Ukrayiny pry zdijsnenni pravosuddya. (1996, lystopada 01). *Zakon i biznes*, 9, 56 [in Ukrainian].

Rishennya Konsty`tucijnogo Sudu Ukrayiny. (1997, lystopada 25). *Visnyk Konstytucijnogo Sudu Ukrayiny,* 6 [in Ukrainian].

Резюме

Рева В.В. **Щодо питання генезису права на оскарження рішень, дій або бездіяльності митних органів.**

Автор досліджує досить актуальну та дискусійну проблематику – процес розвитку в Україні права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів виконавчої влади, зокрема митних органів. Аналіз законодавства із цього питання та наукової літератури допоміг: визначити генезис та сутність права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів виконавчої влади, зокрема митних органів; дійти висновку, що право на оскарження виступає юридичною гарантією прав людини. Необхідність реалізації цього права виникає лише тоді, коли порушено інші права особи. Тому на демократичну державу покладено обов'язок забезпечити максимально можливу доступність процедур адміністративно-правового оскарження для фізичних і юридичних осіб (створення необхідної нормативно-правової бази та інститутів у державному апараті, проведення роз'яснювальної роботи серед громадян тощо).

Ключові слова: адміністративне судочинство, органи виконавчої влади, захист права, виконавча влада, митні органи, суд, адміністративна юстиція, оскарження, рішення, дії або бездіяльність.

Резюме

Рева В.В. **К вопросу о праве обжаловать решения, действия или бездействие таможенных органов**.

Автор рассматривает очень актуальные и спорные вопросы развития процесса развития в Украине права обжаловать решения, действия или бездействие органов исполнительной власти, в частности таможенных органов. Анализ законодательства по данному вопросу и научной литературы позволил: определить происхождение и суть права на обжалование решений, действий или бездействия органов исполнительной власти, в том числе таможенных органов; сделать вывод о том, что право на обжалование действует как правовая гарантия прав человека. Необходимость осуществления этого права возникает только в том случае, если нарушаются другие права человека. Поэтому демократическое государство возложило на государство обязанность обеспечить максимально возможную доступность административных и юридических апелляций для физических и юридических лиц (создание необходимой нормативно-правовой базы и институтов в государственном аппарате, проведение разъяснительной работы среди граждан и т.д.).

Ключевые слова: административное судопроизводство, исполнительные органы власти, защита закона, исполнительная власть, таможенные органы, суд, административный судья, апелляции, решения, действия или бездействие.

Summary

Vladyslav Reva. **Concerning the genesis of the right to appeal against decisions, actions or omissions of customs authorities.**

The article explores a rather topical issue, the process of development of the right to appeal against decisions, actions or omissions of executive authorities, in particular, customs authorities, in Ukraine. The analysis of the legislation and the scientific literature on this issue has allowed to determine the genesis and essence of the right to appeal against decisions, actions or omissions of executive bodies, in particular, customs bodies; and to conclude that the right to appeal is a legal guarantee of respect for human rights. The need to exercise this right arises only when other human rights are violated.

It should be said that in the sphere of public-law relations between executive bodies, on the one hand, and individuals and legal entities, on the other hand, conflicts often arise. Their subject is decisions, actions or omissions of the authorities which, in the opinion of the other party of administrative relations, are violating. Such conflicts are resolved in the procedures prescribed be law. The main mechanisms of settling these conflicts and the main forms of protection of subjective rights of individuals and legal entities are appealing against decisions, actions or omissions of executive authorities, including customs authorities, of Ukraine, in administrative order (administrative appeal) and in administrative-procedural (judicial) order.

Therefore, a democratic state is obliged to ensure that administrative appeal procedures should be as accessible as possible to individuals and legal entities (by creating appropriate legal framework and institutions in the state machinery, carrying out information campaigns etc.).

To sum up the study of the establishment of the institution of appeal against decisions, actions or omissions of the executive authorities, in particular, the customs authorities in Ukraine, it should be noted that today we have quite strong and historically formed legal grounds for the protection of the rights and freedoms of citizens and legal entities, which confirm the basic point of democracy, "the rights and freedoms of citizens are the supreme value of the state and, therefore, must be protected by its institutions".

Nevertheless, the key to effective functioning of the system of administrative courts and of the exercise of their powers to consideration public disputes should be such legislative framework that should be formed under the influence of both the results of the practice of administrative courts and of scientific developments in this field.

Key words: administrative justice, executive authorities, protection of a right, executive authorities, customs authorities, court, administrative justice, appeal, decision, action or omission.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.28
УДК 345.96(477)

О.І. РОМАНОВСЬКА

Оксана Іванівна Романовська, *здобувач Національного авіаційного університету*[*]
ORCID: 0000-0001-5965-9764

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ ЯК СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ

Постановка проблеми. Процеси євроінтеграції України до світової спільноти характеризуються удосконаленням правових відносин у різних сферах публічного адміністрування. Європейська та євроатлантична спільноти потребують від України системно вирішувати конституційні вимоги щодо розбудови незалежної, демократичної, соціальної і правової держави, а також вимагає сучасних підходів до якісної та ефективної організації публічної влади й публічного адміністрування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Значний внесок у дослідження проблем адміністративно-правового забезпечення діяльності державної виконавчої служби зробили такі науковці, як О. Андрійко, В. Авер'янов, О. Бандурка, А. Васильєв, І. Голосніченко, Є. Гришко, Є. Додін, Р. Калюжний, В. Колпаков, О. Кузьменко, П. Макушев, О. Петришин, В. Селезньов, А. Селіванов, В. Стефанюк, О. Стрельченко, Ю. Шемшученко, С. Щербак, С. Дубенко, В. Козаков, В. Мельниченко, В. Ребкало, В. Шаповал та ін.

Формулювання мети статті. Метою запропонованої статті є результат теоретичного моделювання правової категорії «діяльності органів виконавчої влади», які є суб'єктами публічної адміністрації.

Виклад основного матеріалу. В Україні на сьогоднішній день досить активно відбувається процес модернізації та реформування органів публічної адміністрації, складовою частиною якої є органи державної виконавчої служби України. Саме тому виникла необхідність у дослідженні адміністративно-правового забезпечення діяльності органів державної виконавчої служби.

Відповідно, з метою дослідження та вдосконалення адміністративно-правового забезпечення діяльності органів державної виконавчої служби, на наш погляд, необхідно проаналізувати сутність таких правових категорій, як: «правове забезпечення», «адміністративно-правове забезпечення», «діяльність публічної адміністрації» тощо.

Сформульоване трактування має стати основою для визначення категорії «правового забезпечення».

Вважаємо за доцільне дослідити трактування «правового забезпечення» з різних точок зору вітчизняних науковців, які мають досить неоднозначний характер.

У сучасній науковій літературі термін «правове забезпечення» широко застосовується, однак більшість науковців не наводять визначення цього поняття. Застосовуючи поняття «правового забезпечення» до різних галузевих досліджень, увага приділяється саме предмету дослідження, що знижує увагу до самого поняття. Словники та енциклопедії також не містять такого поняття[1].

Сучасні підходи до поняття *«правового забезпечення»* розкривають його як реалізацію, захист та охорону прав і свобод або як закріплення прав і свобод[2].

Так, А.Е. Олійник «правове забезпечення» сформулював крізь призму: а) створення сприятливих умов для реалізації громадянами свої прав; б) запобігання їх порушенню; в) відновлення порушених прав громадян[3].

Зазначимо, що дослідник дає досить широке трактування «правового забезпечення», який окрім «створення сприятливих умов» включає до сутності даного твердження «запобігання порушенню прав громадян».

А.А. Опалева до сутності поняття «правового забезпечення» включає лише охорону і захист порушених прав громадян[4].

Зазначене трактування, на наш погляд, досить звужене, оскільки не повною мірою відображає увесь діапазон структурних елементів досліджуваної категорії.

К.Г. Волинка надає також досить звужене трактування «правового забезпечення» у який вона включає лише повагу, дотримання та гарантії прав і свобод людини[5].

На наш погляд, зазначений науковець у своєму трактуванні залишає поза увагою діяльність суб'єктів публічної адміністрації, котрі мають забезпечувати дотримання прав громадян, запобігати їх порушенню та, за потреби, відновлювати їх.

Із зазначених трактувань необхідно звернути увагу на однобокість визначення категорії «правового забезпечення» (як процесу і як стану).

Із представлених позицій різних науковців, на наш погляд, варто надати більш ґрунтовне та узагальнююче трактування дефініції ***«правового забезпечення», під яким необхідно розуміти діяльність суб'єк-***

© О.І. Романовська, 2019

[*] ***Oksana Romanovska,*** *Postgraduate student of National Aviation University*

тів публічної адміністрації, їх посадових та службових осіб, громадських об'єднань, які за допомогою відповідних гарантій мають створювати належні умови для реалізації прав та свобод громадян, запобігати й попереджувати їх порушення та відновлювати їх за потреби (притягувати порушників до юридичної відповідальності).

Необхідно дослідити природу феномена *«адміністративно-правового забезпечення».*

Н.П Тиндик, досліджуючи «адміністративно-правове забезпечення», зосередила увагу лише на світовому та вітчизняному досвіді адміністративно-правового регулювання[6].

М.П. Запорожець, аналізуючи «адміністративно-правове забезпечення», звертає увагу на внутрішньоорганізаційну діяльність як предмет адміністративно-правового регулювання, на окремих внутрішньо-організаційних відносинах та їх адміністративно-правове регулювання, адміністративній відповідальності в системі адміністративно-правових засобів забезпечення[7].

Наукові здобутки в галузі адміністративного права дають підставу стверджувати, що природа адміністративного права свідчить про неможливість розкриття поняття «адміністративно-правового забезпечення» без такої важливої ознаки, як діяльність державних органів у межах їх компетенції, спрямована на виконання основних функцій та поставлених завдань[8].

І.О. Ієрусалімова визначає «адміністративно-правове забезпечення» як регулювання за допомогою норм адміністративного права суспільних відносин, що виникають для та в процесі реалізації прав і свобод людини та громадянина, вплив на них за допомогою передбачених у законодавстві елементів[9].

Т.Г. Корж-Ікаєва трактує «адміністративно-правове забезпечення» як сукупність адміністративно-правових заходів і засобів, спрямованих на створення відповідних умов для ефективної реалізації, охорони, захисту й відновлення порушених прав і свобод[10].

О.В. Надьон визначає «адміністративно-правове забезпечення» як безперервну діяльність суб'єктів права у сфері державного управління зі створення правових умов закріплення, реалізації, гарантування, охорони та захисту прав і свобод осіб та їх груп[11].

У наведених працях увага науковців зосереджена на вирішенні проблеми, яка є предметом дослідження, що в цілому призвело до визначення її основних ознак. Також запропоновані визначення доводять своєрідність поняття «адміністративно-правового забезпечення» та його самостійність у юридичній термінології[12].

Для формулювання якісно сучасного поняття «адміністративно-правове забезпечення діяльності органів державної виконавчої служби» необхідно синтезувати поняття «адміністративно-правового забезпечення», «діяльність органів публічної адміністрації» та «державна виконавча служба», де необхідною умовою є розуміння особливостей об'єкта правового забезпечення – діяльність органів державної виконавчої служби як складової частини діяльності органів публічної адміністрації.

Перш ніж приступити до дослідження правової категорії «адміністративно-правове забезпечення діяльності органів державної виконавчої служби», на наш погляд, доцільно було б розглянути поняття «діяльність органів публічної адміністрації», невід'ємною частиною якої є «діяльність органів державної виконавчої влади». Саме тому необхідно насамперед з'ясувати сутність поняття «публічна адміністрація», що узагальнює у собі усі суб'єкти публічного адміністрування, в тому числі й державну виконавчу службу.

На жаль, поняття «публічна адміністрація» законодавцем на сьогодні не визначено, проте ст. 3 КАСУ визначає категорію «публічна служба» так: діяльність на державних політичних посадах, професійна діяльність суддів, прокурорів, військова служба, альтернативна (невійськова) служба, дипломатична служба, інша державна служба, а також служба в органах державної влади Автономної Республіки Крим та в «органах місцевого самоврядування»[13].

У словнику термінів і понять з державного управління визначено, що публічна адміністрація – це сукупність державних і недержавних суб'єктів публічної влади, ключовими структурними елементами якої є: а) органи виконавчої влади; б) виконавчі органи місцевого самоврядування[14].

В.Б. Авер'янов під терміном «публічна адміністрація» пропонує розуміти сукупність органів виконавчої влади та органів виконавчого самоврядування, підпорядкованих політичній владі, які забезпечують виконання закону та здійснюють інші публічно-управлінські функції[15].

О.Г. Стрельченко визначає «публічну адміністрацію» як функціонально-організаційну сукупність суб'єктів адміністрування, наділених владними повноваженнями щодо реалізації публічних інтересів[16].

У запропонованих визначеннях науковців-адміністративістів ми бачимо, що досліджувана категорія визначається як величезна сукупність органів, а саме: органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, які здійснюють публічне адміністрування у суспільстві.

Отже, зазначена категорія на сьогоднішній день уже не визнана науковою новизною у правовій науці, лише зазначено те, що вона є основоположною категорією для адміністративно-правових наук, і саме адміністративне право забезпечує реалізацію функцій усієї публічної адміністрації. Як бачимо, її характеризують за допомогою різноманітних розширених підходів[17].

Щоб визначити місце органів державної виконавчої служби у системі публічної адміністрації, необхідно зазначити те, що до системи органів виконавчої влади входять: Кабінет Міністрів України як вищий орган у системі органів виконавчої влади; міністерства, державні служби, інспекції, агентства, центральні органи зі спеціальним статусом як центральні органи виконавчої влади; місцеві державні адміністрації як місцеві органи державної виконавчої влади. Як бачимо, із класифікації суб'єктів публічної адміністрації органи державної виконавчої служби належать до системи центральних органів виконавчої влади.

Щоб зрозуміти сутність категорії «діяльності органів державної виконавчої влади», необхідно проаналізувати поняття «діяльність публічної адміністрації».

Слід підкреслити, що мета діяльності публічної адміністрації – це служіння інтересам суспільства та забезпечення інтересів безпосередньо держави. Саме аналогічна мета діяльності буде у підпорядкованих їй суб'єктів публічної адміністрації у сфері діяльності державної виконавчої служби.

Відповідно, під діяльністю публічної адміністрації, на наш погляд, необхідно розуміти безперервне, професійне виконання владних повноважень та реалізацію інших функцій адміністрування органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування для задоволення публічних інтересів.

З метою дослідження адміністративно-правової діяльності органів державної виконавчої служби необхідно зазначити те, що саме діяльність органів державної виконавчої влади є похідною категорією стосовно діяльності публічної адміністрації. А тому ці категорії, на наш погляд, доцільно визначити як родовидові категорії, де родовою є діяльністю публічної адміністрації, а її видовою категорією є діяльність органів державної виконавчої служби.

Варто наголосити, що дана категорія не визначена як на законодавчому, так і на науковому рівні.

Саме тому назріла необхідність у досліджені такої категорії, як «діяльність органів державної виконавчої служби».

Висновок. Під «діяльністю органів державної виконавчої служби» слід розуміти примусове виконання судових рішень і рішень інших органів (посадових осіб) та забезпечення своєчасного, повного й неупередженого виконання рішень у порядку, встановленому законодавством, з метою задоволення публічних інтересів.

Із наведеного визначення необхідно сформулювати ознаки «діяльності органів державної виконавчої служби», якими є: примусове виконання судових рішень і рішень інших органів (посадових осіб); забезпечення своєчасного, повного й неупередженого виконання рішень у порядку, встановленому законодавством; мета діяльності органів державної виконавчої служби полягає у задоволенні публічних інтересів.

---

[1] Надьон О.В. Адміністративно-правове забезпечення фінансової безпеки банків: поняття та необхідні ознаки. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. Серія ПРАВО. Вип. 39. Т. 2. С. 17.

[2] Костюченко О.Є. Визначення поняття «правове забезпечення». *Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України*. 2015. № 1 (68). С. 14.

[3] Олейник А.Е. Совершенствование деятельности милиции по обеспечению конституционных прав неприкосновенности личности, жилища советских граждан и охраны их личной жизни: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. Киев, 1986. С. 16.

[4] Опалева А.А. Конституционное право неприкосновенности личности и его обеспечение в деятельности органов внутренних дел: автореф. дисс. … канд. юрид. наук. Москва, 1986. С. 18.

[5] Волинка К.Г. Механізм забезпечення прав і свобод особи: питання теорії і практики: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Київ, 2000. С. 5.

[6] Тиндик Н.П. Адміністративно-правове забезпечення правоохоронними органами імміграційного процесу в Україні : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. Ірпінь, 2004. С. 7.

[7] Запорожець М.П. Адміністративно-правове забезпечення діяльності місцевих загальних судів України: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2004. С. 8.

[8] Надьон О.В. Вказана праця.

[9] Ієрусалімова І.О. Механізм адміністративно-правового забезпечення прав і свобод людини та громадянина: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2006. С. 83.

[10] Корж-Ікаєва Т.Г. Адміністративно-правове забезпечення прав і свобод неповнолітніх: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2008. С. 45.

[11] Надьон О.В. Вказана праця.

[12] Там само.

[13] Особливості стратегічного планування та цільового програмування в оборонній сфері України. *Право і Безпека*. 2017. № 2. С. 54. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2017_2_12

[14] Малиновський В.Я. Словник термінів і понять з державного управління. Київ: Центр сприяння інституційному розвитку державної служби, 2005. С. 168–169.

[15] Авер'янов В.Б. Реформування українського адміністративного права: ґрунтовний привід для теоретичної дискусії. *Право України*. 2003. № 5. С. 117.

[16] Стрельченко О.Г. Регулювання сфери обігу лікарських засобів: адміністративно-правове дослідження: монографія. Київ : Видавничий центр «Кафедра», 2019. С. 196.

[17] Стрельченко О.Г. Публічне адміністрування у сфері обігу лікарських засобів. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.07. *Державний університет внутрішніх справ*. Дніпро, 2019. С. 196.

References:

Nadon, O.V. (2016). Administratyvno-pravove zabezpechennya finansovoyi bezpeky bankiv: ponyattya ta neobxidni oznaky. *Naukovyj visnyk Uzhgorodskogo nacionalnogo universytetu, Seriya PRAVO*, 39, 2, 17 [in Ukrainian].

Kostyuchenko, O.Ye. (2015). Vyznachennya ponyattya «pravove zabezpechennya». *Naukovyj visnyk Nacionalnogo universytetu derzhavnoyi podatkovoyi sluzhby Ukrayiny,* 1 (68), 14 [in Ukrainian].

Olejnyk, A.E. (1986). Sovershenstvovanye deyatelnosty mylycyy po obespechenyyu konstytucyonnыx prav neprykosnovennosty lychnosty, zhylyshha sovetskyh grazhdan y ohranы yh lychnoj zhyzny: avtoref. dyss. … kand. yuryd. nauk. K., 16 [in Russian].

Opaleva, A.A. (1986). Konstytucyonnoe pravo neprykosnovennosty lychnosty y ego obespechenye v deyatelnosty organov vnutrennyh del: avtoref. dyss. … kand. yuryd. nauk. M., 18 [in Russian].

Volynka, K.G. (2000). Mexanizm zabezpechennya prav i svobod osoby: pytannya teoriyi i praktyky: avtoref. dys. … kand. yuryd. nauk. K., 5 [in Ukrainian].

Tyndyk, N.P. (2004). Administratyvno-pravove zabezpechennya pravooxoronnymy organamy immigracijnogo procesu v Ukrayini : avtoref. dys. na zdobuttya nauk. stupenya kand. yuryd. nauk : specz. 12.00.07 «Teoriya upravlinnya; administratyvne pravo i proces; finansove pravo; informacijne pravo». Irpin, 7 [in Ukrainian].

Zaporozhecz, M.P. (2004). Administratyvno-pravove zabezpechennya diyalnosti miscevyx zagalnyx sudiv Ukrayiny: dys. … nauk. stupenya kand. yuryd. nauk : 12.00.07. Xarkiv, 8 [in Ukrainian].

Iyerusalimova, I.O. (2006). Mexanizm administratyvno-pravovogo zabezpechennya prav i svobod lyudyny ta gromadyanyna: dys. … nauk. stupenya kand. yuryd. nauk: 12.00.07. Kyyiv, 83 [in Ukrainian].

Korzh-Ikayeva, T.G. (2008). Administratyvno-pravove zabezpechennya prav i svobod nepovnolitnix: dys. … kandydata yuryd. nauk : 12.00.07. K., 45 [in Ukrainian].

Osoblyvosti strategichnogo planuvannya ta cilovogo programuvannya v oboronnij sferi Ukrayiny. (2017). *Pravo i Bezpeka,* 2, 54. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2017_2_12 [in Ukrainian].

Malynovskyj, V.Ya. (2005). Slovnyk terminiv i ponyat z derzhavnogo upravlinnya. K. : Centr spryyannya instytucijnomu rozvytku derzhavnoyi sluzhby [in Ukrainian].

Aver'yanov, V.B. (2003). Reformuvannya ukrayinskogo administratyvnogo prava: gruntovnyj pryvid dlya teoretychnoyi dyskusiyi. Pravo Ukrayiny, 5, 117 [in Ukrainian].

Strelchenko, O.G. (2019). *Regulyuvannya sfery obigu likarskyx zasobiv: administratyvno-pravove doslidzhennya:* monografiya. Kyyiv : Vydavnychyj centr «Kafedra» [in Ukrainian].

Strelchenko, O.G. (2019). Publichne administruvannya u sferi obigu likarskyx zasobiv. dys. … dokt. yuryd. nauk : 12.00.07. Derzhavnyj universytet vnutrishnix sprav. Dnipro [in Ukrainian].

Резюме

Романовська О.І. **Адміністративно-правова характеристика діяльності органів державної виконавчої служби як суб'єктів публічної адміністрації.**

Автор досліджує досить актуальну та дискусійну проблематику щодо сутності адміністративно-правової характеристики забезпечення діяльності органів державної виконавчої служби. З цією метою сформульовано авторську дефініцію «діяльністю органів державної виконавчої служби» як примусове виконання судових рішень і рішень інших органів (посадових осіб) та забезпечення своєчасного, повного й неупередженого виконання рішень у порядку, встановленому законодавством, з метою задоволення публічних інтересів.

Ключові слова: забезпечення, діяльність, суб'єкт, публічна адміністрація, посадові особи, службові особи, державна служба, виконавча служба.

Резюме

Романовская О.И. **Административно-правовая характеристика деятельности органов государственной исполнительной службы как субъектов публичной администрации.**

Автор исследует достаточно актуальную и дискуссионную проблематику о сущности административно-правовой характеристики обеспечения деятельности органов государственной исполнительной службы. С этой целью сформулирована авторская дефиниция «деятельность органов государственной исполнительной службы» как принудительное исполнение судебных решений и решений других органов (должностных лиц) и обеспечения своевременного, полного и непредвзятого выполнения решений в порядке, установленном законодательством, с целью удовлетворения общественных интересов.

Ключевые слова: обеспечение, деятельность, субъект, публичная администрация, должностные лица, государственная служба, исполнительная служба.

Summary

Oksana Romanovska. **Administrative and legal characterization of the activity of bodies of the state executive service as subjects of public administration.**

The author explores rather relevant and debatable issues concerning the essence of administrative and legal support of the activity of the state executive service of Ukraine and formulates its main features, which define the continuous professional activity of the subjects of public administration; use of administrative remedies and methods; the purpose is to create the right conditions for the effective exercise, protection, protection and restoration of the rights and freedoms of citizens. To this end, it is proved that the activity of public administration entities of their officials and officials, public associations, which with the help of appropriate guarantees should create the proper conditions for the exercise of the rights and freedoms of citizens, prevent and prevent their violation and restore them when necessary (to prosecute violators). The author's definition of "security" is formulated in terms of administrative and legal doctrine as the activity of public administration entities, which with the help of appropriate guarantees should create the proper conditions for the exercise of the rights and freedoms of citizens. In accordance with the interpretation, it is appropriate to note that the state guarantees provided by the state are a statistical component of the concept of "security", and the proper activity of public administration entities is a dynamic component of the phenomenon of "security". By "legal support" it is necessary to mean the activity of public administration subjects of their officials and officials, public associations, which with the help of appropriate guarantees should create the proper conditions for the exercise of citizens' rights and freedoms, prevent and prevent their violation and restore them if necessary (to prosecute violators). The category of "administrative and legal support" is justified as well – it is a continuous professional activity of subjects of public administration, which is carried out by means of administrative and legal means and methods aimed at creating the proper conditions for the effective exercise, protection, protection and restoration of the rights and freedoms of citizens.

Key words: security, activity, entity, public administration, officials, officials, public service, executive service.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.29
УДК 349.2

Я.В. СІМУТІНА

Яна Володимирівна Сімутіна, *доктор юридичних наук, старший науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*[*]
ORCID: 0000-0001-7579-187X

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ ЯК НЕПРАВОМІРНА РЕАЛІЗАЦІЯ НОРМ ТРУДОВОГО ПРАВА

Постановка проблеми. У науці трудового права неодноразово наголошувалося на необхідності законодавчого закріплення заборони зловживання правами суб'єктами трудових правовідносин. На даний час у законодавстві про працю ані принцип неприпустимості зловживання правом, ані взаємопов'язаний з ним принцип добросовісності та його критерії так і не знайшли відображення, у зв'язку з чим різниться розуміння того, яка поведінка є добросовісною чи недобросовісною, породжуючи судові спори. Проте відсутність законодавчо закріплених принципів у трудовому законодавстві, про які йдеться, не викликала належної реакції з боку законодавця на розроблення ефективних заходів захисту сторін трудових правовідносин від зловживання правом та розвитку принципу добросовісного здійснення трудових прав.

Феномен «зловживання правом» безпосередньо пов'язаний із поняттям реалізації норм права, точніше, тим способом, в який така реалізації здійснюється уповноваженою особою. При цьому у загальній теорії права переважає думка про те, що правореалізації, окрім іншого, здебільшого притаманна ознака правомірності. Водночас у трудовому праві використання суб'єктивного права чи виконання трудоправового обов'язку в окремих випадках може виходити за межі правомірності, не досягаючи при цьому меж правопорушення, утворюючи у такий спосіб особливий вид поведінки – зловживання трудовими правами. Це, на думку Н.М. Слабоспицької, дає змогу стверджувати про галузеву особливість реалізації норм трудового права[1].

Як зазначалося вище, чинний Кодекс законів про працю України (далі – КЗпП України) не містить норм, які регулюють межі здійснення трудових прав та зловживання такими правами, отже, для їх визначення слід виходити із загальних правил Цивільного кодексу України, положення якого відповідно до ч. 1 ст. 9 якого застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також до трудових та сімейних відносин, якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Керуючись ст. 13 Цивільного кодексу України, при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Отже, при встановленні судом факту зловживання правом одним із суб'єктів трудових правовідносин суд повинен відмовити в задоволенні його позову, оскільки в цьому випадку інший суб'єкт не повинен відповідати за несприятливі наслідки, які настали внаслідок недобросовісних дій з боку такого суб'єкта-позивача. Проте, оскільки цивільне та трудове право регулюють різні види суспільних відносин, очевидно, що для трудових відносин необхідне спеціальне регулювання питань зловживання правом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження проблеми зловживання правом завжди привертало увагу переважно вчених-цивілістів, а також представників загальної теорії права. У науці трудового права проблемам зловживання правом при його реалізації присвячена дисертація О.М. Офман, Крім того, окремі аспекти цієї проблеми розглядалися у наукових статтях О. Панасюка, Н. Максименко, Л. Тихонович та ін. Однак значна кількість практичних проблем реалізації норм трудового права свідчить про необхідність подальших теоретичних досліджень, що здатні допомогти у виявленні причин неефективної правореалізації у сфері трудових відносин та їх усуненні шляхом удосконалення законодавства про працю й практики його застосування.

© Я.В. Сімутіна, 2019

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

Мета статті полягає в тому, щоб на підставі науково-правового аналізу теоретичних і практичних питань зловживання правом як неправомірної реалізації норм трудового права сформулювати галузевий принцип заборони зловживання правами суб'єктами трудового права та внести відповідні пропозиції про вдосконалення чинного трудового законодавства в цій частині.

Виклад основного матеріалу. У сфері трудових правовідносин зловживання правом характеризується порушенням балансу інтересів їх учасників унаслідок односторонньої та заснованої на відмінностях правового статусу працівника та роботодавця реалізації суб'єктивних трудових прав усупереч їх (прав) соціальним призначенням, спрямованої на зміну попередньо визначеної взаємності та еквівалентності трудових відносин за рахунок використання наданих та закріплених правовими нормами можливостей[2].

Розвиваючи цю думку, зазначимо, що оскільки за своєю природою зловживання правом завжди є порушенням рівноваги інтересів суб'єктів трудових відносин, тому одну із причин зловживання суб'єктивним трудовим правом зумовлює природа трудових відносин, яким притаманна наявність взаємних прав та обов'язків працівника й роботодавця за умови наявності балансу інтересів між суб'єктами цих відносин.

Баланс інтересів у трудових відносинах, на думку Л.А. Тихонович, має бути забезпечений нормами права як поєднання переваг, корисних, необхідних властивостей кожної сторони таких відносин достатньою мірою, яка унеможливлювала б завдання один одному шкоди, щоб досягнути певної спільної мети[3].

За визначенням О.М. Офман, зловживання правом – це діяння (дія чи бездіяльність), що здійснюється уповноваженим суб'єктом трудового права з метою завдання шкоди чи отримання безпідставних переваг перед іншими уповноваженими суб'єктами трудового права при реалізації можливостей, передбачених нормативно-правовими актами, з порушенням встановлених цими нормативно-правовими актами цілей[4].

Отже, у контексті правореалізації під зловживанням трудовими правами слід розуміти такий вид правової поведінки, що полягає у реалізації суб'єктами трудових правовідносин своїх прав у недозволений спосіб, що суперечить призначенню та принципам галузі трудового права, в результаті чого ігноруються законні інтереси та може бути завдана шкода іншому суб'єкту трудових правовідносин.

На думку Т.Т. Полянського, основними ознаками зловживання правом є такі: 1) воно відбувається лише через формальне здійснення (реалізацію) суб'єктами їхніх юридичних прав чи обов'язків. Причому зловживати правами можна, як видається, через формальне і використання, і виконання, і дотримання юридичних норм (як відомих форм їх реалізації), а також через їх застосування; 2) зловживання правом завжди є умисною поведінкою; 3) унаслідок зловживання правом заподіюється шкода суспільним відносинам або ж створюється реальна загроза її настання. Соціально-шкідливий наслідок або реальна загроза його настання у результаті зловживання правом відображаються поняттям «шкода» (у термінологічному виразі «зловживання правом» його відповідником є поняття «зло»), та є тим юридичним фактом, який дає змогу компетентному органу (суду) визнати поведінку зловживача порушенням конкретних юридичних норм (позитивного права) чи принципів права (природного права)[5].

Поняття «зловживання правом» тісно пов'язане з принципом добросовісності. Реалізуючи права і виконуючи обов'язки, суб'єкти трудових правовідносин повинні діяти добросовісно. Принцип добросовісності в трудовому праві має характеризувати прагнення суб'єктів належним чином та сумлінно здійснювати надані трудові права й виконувати взяті на себе обов'язки.

Добросовісність використання прав сторонами трудових відносин передбачається у договірних началах (погодження волі та взаємна довіра), на яких будуються сучасні трудові та соціально-партнерські відносини. У цьому випадку добросовісність об'єктивно розглядається як недопущення примусу чи обману соціального партнера або іншої сторони трудових відносин. Дотримання принципу добросовісності у відносинах між працівниками і роботодавцями є досить важливим для попередження зловживання правом суб'єктами цих правовідносин, оскільки, як визнано у правовій доктрині, реалізація права всупереч принципам добросовісності є зловживанням правом.

Н.М. Слабоспицька запропонувала виділяти в якості зловживання правом такі форми поведінки: 1) зловживання правом однією стороною трудових правовідносин з єдиним наміром – зашкодити іншій стороні; 2) правореалізація з метою збагачення, тобто з метою отримання певної вигоди, в тому числі майнової, для якої у звичайній ситуації немає правової підстави; 3) зловживання стороною трудового договору своїми особливими правами з метою отримання необґрунтованих переваг; 4) зловживання стороною трудового договору своїм правом з метою ухилення від виконання трудових обов'язків; 5) правореалізація з метою перешкоджання, блокування реалізації суб'єктивних прав на захист та відновлення порушеного права іншою стороною, а також перешкоджання реалізації нею інших трудових прав[6].

За ознакою суб'єкта, який вдається до зловживання правом в трудових відносинах, можна виділити чотири різновиди зловживання правом: 1) зловживання правом роботодавцем; 2) зловживання правом працівником; 3) зловживання правом обома сторонами трудових правовідносин; 4) зловживання, пов'язані з профспілками та профспілковою діяльністю.

Можна узагальнити характерні риси зловживання правом працівником як суб'єктом трудових правовідносин: 1) така поведінка завжди є несумлінною; 2) працівник діє навмисно, бажаючи одержати певну вигоду (наприклад, отримати середньомісячний заробіток за час вимушеного прогулу); 3) його поведінка здатна завдати шкоди роботодавцю або заподіює її; 4) відсутня пряма протиправність, і ситуація не конкретизується в нормативно-правових актах.

Конкретними формами зловживання правом з боку працівників, які найчастіше зустрічаються на практиці, є: 1) приховування тимчасової непрацездатності; несвоєчасне повідомлення роботодавця про тимчасову непрацездатність на момент звільнення; 2) приховування інформації про вагітність; 3) приховування факту інвалідності; 4) навмисне завдання матеріальної шкоди роботодавцю недобросовісними діями – розірванням трудового договору за власним бажанням, а потім оскарження звільнення; 5) навмисне затягування отримання трудової книжки або розрахунку при звільненні тощо.

Одним із прикладів можливого зловживання правом працівником є випадки розірвання трудового договору з ініціативи працівника у зв'язку з недотриманням роботодавцем вимог законодавства про працю, умов колективного чи трудового договору на підставі ч. 3 ст. 38 КЗпП України.

Як слушно зазначила А.А. Ширант, «у статті 38 Кодексу порушений принцип, закріплений у п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, – «ніхто не може бути суддею в своїй справі». Питання наявності або відсутності порушень роботодавцем трудового законодавства не може вирішуватися ані роботодавцем, ані працівником. При цьому ситуація, коли працівник подає роботодавцю заяву про звільнення за частиною третьою статті 38 Кодексу (що породжує обов'язок роботодавця виконати дії зі звільнення працівника та виплатити йому вихідну допомогу в розмірі трьох окладів згідно зі ст. 44 Кодексу) і роботодавець погоджується з наявністю таких порушень, – на практиці малоймовірна. Водночас роботодавець, отримавши таку заяву про звільнення саме за ч. 3 ст. 38 Кодексу (через порушення законодавства про працю), може не погодитися з тим, що він порушував трудове законодавство, і це породжує спір між сторонами трудового договору про наявність умов застосування частини третьої ст. 38 Кодексу»[7].

З огляду на існуючу судову практику істотність характеру порушень роботодавцем умов трудового законодавства та їх поважність не можуть бути підставою для відмови працівнику у звільненні за ч. 3 ст. 38 КЗпП України, оскільки такі критерії цією нормою не передбачені. Крім того, роботодавець не має права самостійно змінювати визначену працівником у заяві причину звільнення з роботи. Отже, виходить, що, по-перше, роботодавець не може замість «звільнений згідно з ч. 3 ст. 38 КЗпП України» зробити запис у трудовій книжці працівника «звільнений згідно зі ст. 38 КЗпП України». По-друге, роботодавець має обмежені можливості апелювати до відсутності з його боку порушення трудового законодавства як підстави для звільнення за ч. 3 ст. 38 КЗпП; по-третє, підставою для безумовного застосування ч. 3 ст. 38 КЗпП України є сам факт порушення трудового законодавства, а не істотність причини такого порушення[8]. У зв'язку з цим, для уникнення можливих зловживань працівниками своїми правами, відповідний механізм застосування цієї норми, характер порушень роботодавцем умов трудового законодавства та їх критерії, повинні знайти правову регламентацію не тільки в судовій практиці, як це відбувається зараз, а й передусім у трудовому законодавстві.

Ще одним прикладом недосконалості наявних правових норм та механізмів, коли у суб'єкта трудових відносин виникає можливість зловживати своїм правом, є прогалини, що стосуються строків, процедур чи покладення на такого суб'єкта обов'язків, які прямо не закріплені у законодавстві й тим самим створюють передумови для неоднозначного тлумачення норм не тільки працівниками та роботодавцями, але й судами.

Зокрема, для попередження зловживання з боку працівників – членів первинної профспілкової організації має діяти правило, згідно з яким такі працівники, що володіють спеціальним статусом для отримання певних пільг і гарантій, повинні вчасно повідомляти цю інформацію роботодавцеві. Аналогічним цьому є випадок, коли працівник приховує від роботодавця інформацію про своє членство у профспілці або вступає у члени профспілки після повідомлення роботодавця про його звільнення за скороченням штату, що безперечно, також є зловживанням правом з боку працівника.

Неповідомлення роботодавця про створення первинної профспілкової організації та ненадання відповідних документів може свідчити про те, що метою новоствореної профспілки є не захист інтересів трудового колективу, а можливість мати вплив на роботодавця для отримання її членами особистої вигоди. Такі недобросовісні дії з боку профспілкової організації за своєю сутністю слід розцінювати як зловживанням правом.

У такий спосіб Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» потребує внесення відповідних доповнень, які дозволять заповнити перелічені вище прогалини й унеможливлять зловживання профспілками своїми правами у процесі їх створення й діяльності[9].

Роботодавці вдаються до зловживання правом переважно у таких випадках: 1) при звільненні працівника; 2) при виконанні обов'язків з створення працівнику необхідним умов для виконання трудової функції; 3) при багаторазовому переукладанні строкових трудових договорів з працівником; 4) при наданні працівнику гарантій при розірванні трудового договору, передбачених трудовим законодавством та ін.

Недосконалість існуючого правового регулювання строкових трудових договорів сприяє зловживанню правом з боку роботодавців, адже надане законодавством у певних випадках право вибору роботодавцю між договором на невизначений строк та строковим трудовим договором погіршує становище працівника, оскільки на практиці це призводить до необґрунтованого розширення сфери застосування строкових трудових договорів та утисків трудових прав працівників, з якими укладається цей вид договору.

Задля забезпечення принципу стабільності трудових відносин та основної мети правового регулювання трудових відносин – захисту прав та інтересів працівника, а також для запобігання зловживанню роботодавцями своїм економічно більш вигідним становищем, коли працівники погоджуються укладати строкові трудові договори начебто «добровільно», а насправді просто не маючи інших варіантів працевлаштування, пропонуємо залишити обмежену сферу застосування строкових трудових договорів та передбачити в

новому Трудовому кодексі норму в такій редакції: «Строковий трудовий договір укладається тільки у випадках, коли трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений строк з урахуванням характеру роботи або умов її виконання». Крім того, необхідно законодавчо закріпити обов'язок роботодавця письмово інформувати працівників, які виконують роботу за трудовим договором на визначений строк, про появу вакансії на виконання роботи за трудовим договором на невизначений строк, що відповідає загальноєвропейській практиці.

Для уникнення зловживань у вигляді послідовного застосування строкових договорів Директива Ради Європейського Союзу 1999/70/ЄС про рамкову угоду щодо строкової зайнятості пропонує запровадити в національному законодавстві один чи кілька з зазначених нижче заходів: 1) обґрунтування підстав для відновлення дії таких договорів або відносин; 2) встановлення максимальної сукупної тривалості послідовно укладених строкових трудових угод або відносин; 3) обмеження кількості продовжень чинності таких договорів або відносин; 4) забезпечення доступу строкових працівників до відповідного навчання з метою розширення їхніх навичок, кар'єрного розвитку та професійної мобільності; 5) повідомлення роботодавцями строкових працівників про вакансії, що виникають на підприємстві або в закладі, надаючи їм такі самі можливості щодо отримання постійних посад[10].

Сьогодні принцип заборони зловживання правом набуває великого значення у світлі тих змін, які очікувано відбуватимуться у найближчий час у правовому регулюванні трудових відносин. Ці зміни пов'язані з розвитком ринкових відносин у напрямі посилення гнучкості правового регулювання праці, розширення договірного способу встановлення трудових прав і обов'язків. За таких умов посиленої уваги потребуватиме проблема встановлення меж свободи суб'єктів у трудовому праві, важливими аспектами якої є добросовісність суб'єктів трудових правовідносин у процесі реалізації своїх суб'єктивних прав і гарантій та заборона зловживання правом.

Питання закріплення принципу заборони зловживання правом у трудових відносинах заслуговує посиленої уваги ще й тому, що кількість видів зловживань правом лише збільшується. Практика застосування трудового законодавства засвідчує, що існування відповідних норм у трудовому законодавстві на сьогодні є об'єктивною необхідністю.

Висновки. В умовах розширення приватноправових засад у сфері регулювання праці одним із основних напрямів удосконалення законодавства про працю має стати законодавче закріплення в якості галузевих принципів трудового права принципу добросовісності та заборони зловживання правом, який повинен стосуватися всіх суб'єктів трудових та пов'язаних з ними відносин – працівників, роботодавців, профспілок, об'єднань роботодавців тощо.

---

[1] Слабоспицкая Н.Н. Реализация норм трудового права: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.05. Екатеринбург, 2013. 31 с. С. 8.

[2] Панасюк О. Зловживання суб'єктивними трудовими правами: постановка проблеми. *Право України.* 2010. № 3. С. 166.

[3] Тихонович Л.А. Зловживання правом у сфері трудових відносин як моральна проблема. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди «ПРАВО».* 2012. Вип. 18. С. 25.

[4] Офман Е.М. Злоупотребление правом субъектами трудовых правоотношений: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.05. Екатеринбург, 2006. 25 с. С. 7.

[5] Полянський Т.Т. Феномен зловживання правом (загальнотеоретичне дослідження). *Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина* / редкол.: П.М. Рабінович (голов. ред.) та ін. Львів : Галицький друкар, 2012. Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 25. 456 с. С. 39–40.

[6] Слабоспицкая Н.Н. Вказана праця. С. 15.

[7] Ширант А.А. Деякі проблеми застосування правових норм, що регулюють трудові відносини, в процесі судового захисту прав особи. *Проблеми застосування трудового та пенсійного законодавства: монографія* / Н.М. Хуторян, Я.В. Сімутіна, М.М. Шумило та ін. Київ: Ніка-Центр, 2015. С. 173.

[8] Сімутіна Я.В. Юридичні факти в механізмі правового регулювання трудових відносин: монографія. Київ: Ніка центр, 2018. 436 с. С. 273.

[9] Там само. С. 365.

[10] Директива Ради 1999/70/ЄС від 28 червня 1999 р. щодо рамкової угоди про роботу на визначений термін, укладений ETUC, UNICE та CEEP (Європейською асоціацією профспілок, Союзом конфедерацій промисловців та підприємців Європи та Європейським центром підприємств із державною участю). URL: http://old.minjust.gov.ua/45891 (дата звернення: 10.12.2019).

References:

Slabospitskaya, N.N. (2013). Realizatsiya norm trudovogo prava: avtoref. dis. … kand. yurid. nauk: 12.00.05. Yekaterinburg [in Russian].

Panasyuk, O. (2010). Zlovzhyvannya sub″yektyvnymy trudovymy pravamy: postanovka problemy. *Pravo Ukrayiny,* 3, 161–166 [in Russian].

Tykhonovych, L.A. (2012). Zlovzhyvannya pravom u sferi trudovykh vidnosyn yak moral′na problema. *Zbirnyk naukovykh prats' Kharkivs'koho natsional'noho pedahohichnoho universytetu imeni H.S. Skovorody «PRAVO»,* 18, 19–27 [in Ukrainian].

Ofman, Ye.M. (2006). Zloupotrebleniye pravom sub'yektami trudovykh pravootnosheniy: avtoref. dis. … kand. yurid. nauk: 12.00.05. Yekaterinburg [in Russian]

Polyans′kyy, T.T. (2012). Fenomen zlovzhyvannya pravom (zahal′noteoretychne doslidzhennya): Pratsi L′vivs′koyi laboratoriyi prav lyudyny i hromadyanyna / Redkol.: P.M. Rabinovych (holov. red.) ta in. Seriya I. Doslidzhennya ta referaty. Vyp. 25. L′viv : Halyts′kyy drukar [in Ukrainian].

Shyrant, A.A. (2015). Deyaki problemy zastosuvannya pravovykh norm, shcho rehulyuyut′ trudovi vidnosyny, v protsesi sudovoho zakhystu prav osoby. Problemy zastosuvannya trudovoho ta pensiynoho zakonodavstva: monohrafiya / N.M. Khutoryan, Ya.V. Simutina, M.M. Shumylo ta in. Kyyiv: Nika-Tsentr [in Ukrainian].

Simutina, Ya.V. (2018). Yurydychni fakty v mekhanizmi pravovoho rehulyuvannya trudovykh vidnosyn: monohrafiya. Kyyiv: Nika tsentr [in Ukrainian].

Dyrektyva Rady 1999/70/YES vid 28 chervnya 1999 roku shchodo ramkovoyi uhody pro robotu na vyznachenyy termin, ukladenyy ETUC, UNICE ta CEEP (Yevropeys′koyu asotsiatsiyeyu profspilok, Soyuzom konfederatsiy promyslovtsiv ta pidpryyemtsiv Yevropy ta Yevropeys′kym tsentrom pidpryyemstv iz derzhavnoyu uchastyu). URL: http://old.minjust.gov.ua/45891 [in Ukrainian].

Резюме

Сімутіна Я.В. **Зловживання правом як неправомірна реалізація норм трудового права.**

У статті досліджуються проблеми зловживання правом у контексті реалізації норм трудового права. Обґрунтовується, що у контексті правореалізації під зловживанням трудовими правами слід розуміти особливий вид правової поведінки, що полягає у реалізації суб'єктами трудових правовідносин своїх прав у недозволений спосіб, що суперечить призначенню та принципам галузі трудового права, в результаті чого ігноруються законні інтереси та може бути завдана шкода іншому суб'єкту трудових правовідносин.

Доведено, що одним із основних напрямів удосконалення законодавства про працю є необхідність закріплення принципу добросовісності та неприпустимості зловживання правом як одного з галузевих у науці трудового права, що повинен стосуватися всіх суб'єктів трудових та пов'язаних з ними відносин – працівників, роботодавців, профспілок, об'єднань роботодавців.

Ключові слова: зловживання правом, добросовісність сторін трудових правовідносин, реалізація норм трудового права.

Резюме

Симутина Я.В. **Злоупотребление правом как неправомерная реализация норм трудового права.**

В статье исследуются проблемы злоупотребления правом в контексте реализации норм трудового права. Обосновывается, что в контексте под злоупотреблением трудовыми правами следует понимать особый вид правового поведения, заключающийся в реализации субъектами трудовых правоотношений своих прав ненадлежащим способом, противоречащим назначению и принципам отрасли трудового права, в результате чего игнорируются законные интересы и может быть нанесен вред другому субъекту трудовых правоотношений.

Обосновывается, что одним из основных направлений дальнейшего совершенствования законодательства о труде является необходимость законодательного закрепления принципа добросовестности и недопустимости злоупотребления правом в качестве одного из отраслевых в науке трудового права, который должен касаться всех субъектов трудовых и связанных с ними отношений – работников, работодателей, профсоюзов, объединений работодателей.

Ключевые слова: злоупотребление правом, добросовестность сторон трудовых правоотношений, реализация норм трудового права.

Summary

Yana Simutina. **Abuse of rights as an unlawful implementation of labor law.**

The article studies the problem of abuse of law in the context of the implementation of labor law. In this context, the abuse of labor rights should be understood as a special type of legal behavior consisting in the exercise by subjects of labor relations of their rights in an inappropriate way, that contradicts the purpose and principles of the branch of labor law, as a result of which legitimate interests are ignored and other subject of labor relations can be harmed.

The concept of "abuse of rights" is closely linked to the principle of integrity. In exercising their rights and performing their duties, the subjects of the employment relationship must act in good faith. The principle of good faith in labor law should characterize the aspirations of the subjects in a proper and honest manner to exercise the granted labor rights and to fulfill their obligations.

Specific forms of abuse of rights by employees are: 1) concealment of temporary disability; late notification of temporary disability at the time of dismissal; 2) concealing information about pregnancy; 3) concealing the fact of disability; 4) deliberate task of material harm to the employer by unfair acts – termination of the employment contract at will, and then appeal of dismissal; 5) deliberate delay in obtaining a work book or settlement upon dismissal and the like.

Employers resort to abuse of rights mainly in the following cases: 1) when dismissing an employee; 2) when fulfilling the duties of creating an employee the necessary conditions for performing the work function; 3) in case of repeated renegotiation of fixed-term employment contracts with an employee; 4) when giving an employee guarantees in case of termination of the employment contract stipulated by the labor legislation, etc.

It is proved that one of the main directions of further improvement of labor legislation is the need to establish the principle of good faith and the inadmissibility of abuse of law as one of the branch in the science of labor law, which should apply to all subjects of labor and related relations – workers, employers, trade unions, associations of employers.

Key words: abuse of rights, good faith of the parties to the employment relationship, implementation of labor law.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.30
УДК 346.34

Н.В. НИКИТЧЕНКО, К.Ю. ГОРДІЄНКО

Наталія Валеріївна Никитченко, *доктор юридичних наук, завідувач кафедри Університету Державної фіскальної служби України*[*]
ORCID: 0000-0001-9545-1434

Катерина Юріївна Гордієнко, *аспірант Університету Державної фіскальної служби України*[**]
ORCID: 0000-0002-0360-8762

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ЕЛЕКТРОЕНЕРГЇ ЗА «ЗЕЛЕНИМ» ТАРИФОМ

Постановка проблеми. Проблема переходу до використання відновлюваних джерел енергії з кожним роком стає все більш актуальною. По-перше, за сучасних темпів використання нафти та газу цих ресурсів людству вистачить на 50 років. У зв'язку з цим країни Європейського Союзу активно стимулюють запровадження виробництва електроенергії з відновлювальних джерел (далі – ВДЕ), до 2020 р. їх частка в загальній структурі виробництва електроенергії має становити до 20 %, а у 2030 р. – вже 50 %. По-друге, ця енергія стає все більш доступною в ціні. Зокрема, за даними Міжнародного агентства з відновлюваних джерел енергії (далі – IRENA), собівартість 1 кВт/год енергії з вітрових наземних електростанцій зрівнялась із собівартістю енергії, яку генерують вугільні електростанції[1].

Плани України щодо розвитку відновлювальної енергетики є значно скромніші: відповідно до Енергетичної стратегії на період до 2035 року[2] частка відновлюваних джерел у генерації електроенергії (далі – е/е) у 2020 р. має становити 7 %, а в 2025 р. – понад 13 %.

Наразі динаміка будівництва нових потужностей ВДЕ в Україні з року в рік лише зростає. Так, за ІІІ квартал 2019 р. було введено в експлуатацію 956 МВт генеруючих потужностей, що майже в шість разів перевищує потужність введених в експлуатацію за аналогічний період 2019 року.

Основним механізмом, який стимулює суб'єктів господарювання на реалізацію проектів ВДЕ, є «зелений» тариф. Подібний механізм стимулювання виробництва електроенергії встановлений до 01 січня 2030 р. та поширюється на суб'єктів господарювання, які виробляють електроенергію з ВДЕ на електростанціях, введених в експлуатацію в період його чинності.

Згідно з ч. 2, 3 та 9 ст. 65 Закону України «Про ринок електричної енергії»[3] (далі – Закон), Кабінет Міністрів України з метою забезпечення загальносуспільних інтересів та виконання гарантій держави щодо купівлі всієї електричної енергії, виробленої на об'єктах електроенергетики, що використовують ВДЕ (а з використанням гідроенергії – вироблену лише мікро-, міні- та малими гідроелектростанціями), за встановленим «зеленим» тарифом або за аукціонною ціною, визначає державне підприємство для виконання функцій гарантованого покупця для електричної енергії.

Із початком функціонування нової моделі ринку електроенергії, а саме з 1 липня 2019 р., відповідно до норм Закону, ухваленого у 2017 р., та із впровадженням конкурентного ринку е/е, було збільшено кількість учасників ринку е/е, для того щоб споживач міг обирати того чи іншого постачальника електричної енергії за критерієм кращої ціни та якості послуги.

До впровадження нової моделі ринку електроенергії єдиним оптовим покупцем е/е за «зеленим» тарифом було Державне підприємство «Енергоринок» (далі – Енергоринок). Його правонаступником у секторі відновлюваної електроенергетики Закон передбачив Гарантованого покупця електричної енергії (далі – Гарантований покупець), а Енергоринок буде ліквідовано після розрахунку за заборгованостями перед учасниками оптового ринку.

Таким чином, виробники ВДЕ з 1 липня 2019 р. продають е/е Гарантованому покупцю, правонаступнику Енергоринку. На Гарантованого покупця покладається обов'язок із придбання усієї відновлюваної електроенергії, нереалізованої за двосторонніми договорами, та забезпечення збільшення частки її виробництва до 1 січня 2030 року.

Тобто в умовах нового ринку електроенергії закладені основи для розвитку договірних відносин і для виробників відновлюваної електроенергії. Держава на законодавчому рівні гарантує виконання зобов'язань з купівлі електроенергії, виробленої з відновлюваних джерел, протягом усього строку дії Закону України «Про альтернативні джерела енергії» і оплату такої електроенергії в повному обсязі.

© Н.В. Никитченко, К.Ю. Гордієнко, 2019

[*] ***Nataliia Nykytchenko,*** *Dr. hab. in Law, Professor, Head of the Department of the University of the State Fiscal Service of Ukraine*

[**] ***Katerina Gordienko,*** *Postgraduate student of the University of the State Fiscal Service of Ukraine*

Купівля-продаж електроенергії між виробником, якому встановлено «зелений» тариф та гарантованим покупцем здійснюється на підставі типового договору купівлі-продажу (далі – PPA (від англ. Power Purchase Agreement)), який буде розглянуто нижче.

Стан розробленості проблеми. Правова природа та особливості укладення і виконання PPA досліджені не дуже добре. Окремі проблеми законодавчого регулювання особливостей укладення PPA висвітлювались юристами-практиками. Хоча, «зелений» тариф було законодавчо закріплено ще з 2008 р. Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо встановлення «зеленого» тарифу»[4] та мав багато правок, однак науковці практично не досліджували увесь комплекс проблем цієї сфери, у тому числі укладення й виконання PPA.

Метою статті є аналіз правової природи типового договору купівлі-продажу електричної енергії за «зеленим» тарифом суб'єктами господарювання, визначення сучасного стану та особливостей укладення PPA, а також проведення аналізу розбіжностей між типовим та примірним договором купівлі-продажу електроенергії за «зеленим» тарифом.

Виклад основного матеріалу. Останнім часом в Україні створено сприятливі умови для розвитку зеленої енергетики, зокрема шляхом встановлення найвищого «зеленого» тарифу на електроенергію серед країн Європейського Союзу. Крім того, ставка «зеленого» тарифу фіксується в перерахунку на євро, що захищає інвесторів від коливань валюти в Україні.

Як результат, у нашій країні швидко розвивається генерація енергії з ВДЕ, про що свідчить той факт, що за останні чотири роки в український сектор відновлювальної енергетики було інвестовано близько 2 мільярдів євро[5].

Варто зауважити, що на сьогоднішній день на ВДЕ припадає лише 2 % від загальної кількості виробленої е/е в Україні. Однак, якщо порівняти, то вартість електроенергії, придбаної за «зеленим» тарифом, у виробників ВДЕ, є в кілька разів вищою, ніж у традиційних джерел енергії. Крім того, наявність такої проблеми, як застарілість електромережі по всій Україні, є причиною технічної неспроможності приймати та розподіляти енергію, вироблену новоствореними енергогенеруючими підприємствами.

Законом України «Про ринок електричної енергії» передбачено встановлення зобов'язання Гарантованого покупця на купівлю всієї відпущеної електричної енергії, виробленої на об'єктах електроенергетики з альтернативних джерел енергії, зокрема у суб'єктів господарювання, яким встановлено «зелений» тариф, або у суб'єктів господарювання, які за результатами аукціону набули право на підтримку, за встановленим їм «зеленим» тарифом, аукціонною ціною з урахуванням надбавки до нього/неї протягом усього строку застосування «зеленого» тарифу або строку дії підтримки, якщо такі суб'єкти господарювання входять до складу балансуючої групи Гарантованого покупця.

26 квітня 2019 р. Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – НКРЕКП, Регулятор) прийняла постанову № 641 «Про затвердження нормативно-правових актів, що регулюють діяльність гарантованого покупця та купівлі електричної енергії за «зеленим» тарифом» (далі – Постанова)[6], відповідно до якої Регулятор запровадив набір нових правил, які суттєво вплинули як на майбутніх, так і на нинішніх виробників ВДЕ, а також на їх кредиторів та інвесторів.

Зокрема, цією Постановою було затверджено кілька важливих нормативних актів, які регулюють виробництво електроенергії з ВДЕ, включаючи PPA, а також Порядок купівлі електричної енергії за «зеленим» тарифом (далі – Порядок).

Так, Регулятор, за погодженням з Антимонопольним комітетом України, своєю Постановою визнав такою, що втратила чинність, постанову НКРЕКП від 11 жовтня 2012 р. № 1314 «Про затвердження Примірних договорів, які укладаються із суб'єктами господарювання, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії» (зі змінами)[7], відповідно до якої, до початку функціонування нового ринку е/е, здійснювалась купівля-продаж електричної електроенергії між її виробниками та Енергоринком на основі примірного договору.

З вересня 2017 р. змінами до чинної примірної форми PPA було передбачено укладання попередніх договорів – pre-PPA для суб'єктів, які мають намір виробляти електричну енергію з ВДЕ. Нова форма PPA багато в чому базується на попередній, тож розглянемо її детально в порівнянні.

Новий PPA – це юридичний договір у встановленій НКРЕКП типовій формі для продажу з 1 липня 2019 р. виробленої електричної енергії із ВДЕ (за вирахування електроенергії для власних потреб) за «зеленим» тарифом гарантованому покупцю.

Примірні та типові договори займають чи не найнижче місце в системі нормативно-правових актів України, які регулюють відносини у сфері енергетики, проте їх значення при укладанні конкретних договорів є істотним у цій монополізованій сфері. Саме та обставина, що сфера енергетики є монополізованою, і стає однією з причин жорсткого визначення умов договорів, що також зумовлює більше використання саме типових форм договорів[8].

Як слушно зазначила О.А. Беляневич, основне призначення типових або примірних договорів зводиться до того, що вони визначають необхідну або бажану, з точки зору держави, модель договірного зобов'язання, а також спрощують процес укладення конкретних господарських договорів (узгодження умов договору)[9].

Визнаючи доцільність впливу держави на формування договірних відносин у галузі відновлюваної енергетики, доречною вбачається думка Я.Р. Кицика, який зазначає, що при формуванні типових і примірних договорів має бути забезпечена можливість для науковців та інших заінтересованих суб'єктів впливати на їхній зміст. Автор пояснює це тим, що при залученні даних осіб до обговорення змісту договорів у рамках

тематичних круглих столів та інших заходів є більше шансів отримати слушні рекомендації з покращення певного типового чи то примірного договору[8].

Головною юридичною ознакою типових договорів як нормативно-правових актів є їх обов'язковість. Нова форма типового РРА є обов'язковою для виробників ВДЕ, які вже отримали «зелений» тариф або збираються отримати його (включаючи pre-РРА). Тому основною відмінністю типового РРА та примірного договору є те, що відповідно до Господарського кодексу України, сторони, які укладають договір, заснований на примірній формі, рекомендованій органами державної влади, мають право змінювати його окремі положення й додавати нові за взаємною згодою[10]. Тобто в раніше чинний примірний договір могли вноситись зміни, як правило, відповідно до вимог законодавства або за взаємною згодою сторін.

Як уже зазначалося, типовий РРА є двостороннім договором, сторонами якого є Гарантований покупець, що діє на підставі ліцензії на провадження господарської діяльності зі здійснення функцій гарантованого покупця, та виробник за «зеленим» тарифом (далі – Виробник). Виробником виступає суб'єкт господарювання, що здійснює виробництво електричної енергії із використанням ВДЕ та продаж електричної енергії Гарантованому покупцю за «зеленим» тарифом відповідно до укладеного між ними договору.

Детальна схема Порядку укладення РРА зображена на рис. 1.



Рис. 1

Важливим елементом типового РРА і його ідентифікуючою ознакою є його предмет, а саме, за договором виробник за «зеленим» тарифом зобов'язується продавати, а Гарантований покупець – купувати всю відпущену електричну енергію, вироблену виробником за «зеленим» тарифом.

Порівняно з примірним договором РРА, який втратив свою чинність, предмет договору був значно конкретизований і розширений, а також почав містити пряме посилання на нормативний акт НКРЕКП, а саме Порядок.

Загальні умови Типового договору, які передбачені у ст. 2 РРА, дещо змінили свою структуру, а саме, стали більш спрощеними. Це пояснюється тим, що ряд нормативно-правових актів НКРЕКП втратив чинність або був скасований і згодом знайшов своє відображення в нових положеннях Порядку. Це є однією із переваг нової форми РРА, тому що багато норм було систематизовано.

Новий типовий РРА визначає зміст суб'єктивних прав та обов'язків сторін, встановлює правове поле, в межах якого вони діють та не можуть бути передані третій особі без письмової згоди іншої сторони РРА.

Необхідно зазначити, що Виробник має важливе право щодо Гарантованого покупця, а саме: вимагати від нього повну та своєчасну оплату товарної продукції, однак Гарантований покупець має дещо ширший перелік прав, зокрема:

1) продаж усієї відпущеної електричної енергії;

2) надання обов'язкових фізичних даних, даних довгострокових та щоденних заявок, фактичних та інших даних;

3) інформацію щодо прогнозних обсягів відпуску електричної енергії;

4) оплату спожитої електричної енергії та відшкодування частки вартості врегулювання небалансу електричної енергії.

Щодо обов'язків сторін, то Виробник зобов'язаний: 1) здійснювати продаж Гарантованому покупцю загального обсягу електричної енергії, виробленої об'єктом електроенергетики, що виробляє електричну енергію з альтернативних джерел енергії; 2) надавати Гарантованому покупцю обов'язкові фізичні дані, дані довгострокових та щоденних заявок, фактичні та інші дані; 3) у разі зміни системи оподаткування письмово повідомити Гарантованого покупця про дату переходу на нову систему оподаткування; 4) надавати Гарантованому покупцю всю інформацію у порядку та в терміни, передбачені типовим PPA та Порядком.

Гарантований покупець зобов'язаний: 1) купувати у Виробника вироблену електричну енергію; 2) у повному обсязі здійснювати своєчасні розрахунки за куплену у Виробника електричну енергію; 3) нараховувати розмір відшкодування частки вартості врегулювання небалансу електричної енергії Виробнику.

Типовий PPA визначає і відповідальність сторін. Гарантований покупець та Виробник несуть відповідальність за порушення порядку оплати одне одному. Було зменшено розмір пені за кожен день ненадходження коштів на рахунок. У примірному договорі така пеня була в розмірі 0,2 % від неоплаченої суми за кожен день ненадходження таких коштів, а в типовому PPA – нараховується пеня в розмірі 0,1 %. Також одним із нововведень було впровадження додаткового штрафу для Гарантованого покупця та Виробника, у розмірі 7 % від не оплаченої суми за ненадходження понад 30 днів належних коштів відповідно до порядку оплати.

Типовий договір передбачає вичерпний перелік обставин непереборної сили, які спричиняють неможливість виконання зобов'язань однією зі сторін. Також PPA містить положення, яке закріплює, що на термін їх дії і усунення наслідків сторони звільняються від виконання своїх зобов'язань.

По суті, положення нового PPA не вносять суттєвих змін до статті, яка стосується обставин непереборної сили, проте вони містять новий пункт, яким визначено, що у разі, якщо такі обставини тривають довше трьох місяців, сторони мають право вирішити питання щодо подальшого виконання договору.

Усі суперечки, претензії та розбіжності між сторонами, які можуть виникати з умов чи у зв'язку з договором PPA вирішуватимуться, по можливості, шляхом переговорів. Проте положення типового PPA дещо розширили коло можливостей для вирішення суперечок між Сторонами. Було додано право вибору суду та положення щодо одночасного звернення до арбітражу і господарського суду. Також передбачена можливість звернутися до Центру з вирішення спорів та переговорів Секретаріату Енергетичного співтовариства щодо сприяння в мировому вирішенні таких спорів, до арбітражу (розглядаються Міжнародним арбітражним судом Міжнародної торгової палати (ICC) за Арбітражним регламентом Міжнародної торгової палати) або господарського суду України.

Дія типового PPA може бути припинена достроково за згодою сторін або за рішенням суду. У разі, якщо об'єкт електроенергетики або черга будівництва електричної станції (пусковий комплекс), щодо якого укладено договір купівлі-продажу електричної енергії за «зеленим» тарифом, не введено в експлуатацію протягом трьох років з дати реєстрації відповідної декларації про початок виконання будівельних робіт або отримання дозволу на виконання будівельних робіт, укладений договір втрачає силу.

Вказана умова потребує уточнення, оскільки строки будівництва визначаються проектом будівництва, і можуть перевищувати три роки.

Положення Типового PPA та його додатків (у разі необхідності) можуть бути змінені лише у разі зміни законодавства. PPA передбачає, що зміни не можуть обмежувати сферу прав виробника за «зеленим» тарифом. Положення договору також встановлюють порядок та строки їх внесення. У такому разі Гарантований покупець повинен опублікувати їх на веб-сайті та відправити Виробнику нову версію PPA.

Виробник має надати підписаний договір Гарантованому покупцю протягом 15 днів з дати, коли він був отриманий, один примірник підписаної додаткової угоди щодо приведення укладеного договору у відповідність до нової редакції. У разі, якщо Виробник не виконає цих зобов'язань, це буде трактуватися як ініціювання розірвання PPA.

Найголовнішим нововведенням типового PPA є закріплення в ньому положення, яке робить цей договір «bankable» (орієнтований на кредиторів чи інвесторів), тобто всі права та обов'язки, що виникають за PPA в однієї зі сторін, не можуть бути передані третій стороні без письмової згоди іншої сторони за договором. Bankable PPA є важливою умовою залучення фінансування для проектів ВДЕ, так як від його наявності може залежати рішення щодо виділення коштів та обсягів фінансування. Так, для залучення фінансування під проекти ВДЕ інвесторам необхідні підтвердження та гарантії оплати виробленої електричної енергії із ВДЕ за «зеленим» тарифом. Таким підтвердженням оплати зазвичай слугує PPA. Під час структурування фінансування досить часто зобов'язання по PPA стають предметом застави. Тому для реалізації проектів ВДЕ важливо мати встановлену форму («bankable PPA»), яка відповідатиме вимогам фінансових установ.

У першій редакції примірного договору цього положення не було, воно з'явилось пізніше, у вересні 2017 р., і було розроблено НКРЕКП спільно з ключовими міжнародними фінансовими установами, зокрема Європейським банком реконструкцій та розвитку (European Bank for Reconstruction and Development, EBRD),

Міжнародною фінансовою корпорацією (International Finance Corporation, IAC) та Корпорацією приватних закордонних інвестицій США (Overseas Private Investment Corporation, OPIC).

Проте слід пам'ятати, що bankable PPA не гарантує повного захисту кредитора від ризиків у проекті, але вносить до PPA справедливий розподіл ризиків між сторонами, обов'язковість основних умов договору (оплата, санкції та інше).

Висновки. З огляду на викладене зазначимо ключові новації типового договорі купівлі-продажу електроенергії за «зеленим» тарифом: 1) концепція попереднього укладання договору (Pre-PPA); 2) фіксація терміну дії PPA до 1 січня 2030 р.; 3) чітке визначення форс-мажору; 4) можливість переуступлення права вимоги для захисту прав кредиторів; 5) міжнародний арбітраж для захисту прав інвесторів.

---

[1] Тетяна Турлікьян: «Собівартість енергії вітру зрівнялася з собівартістю електроенергії від вугільних станцій» / сайт ECO TOWN / ECO TOWN. URL: https://ecotown.com.ua/news/Sobivartist-enerhiyi-vitru-zrivnyalasya-z-sobivartistyu-elektroenerhiyi-vid-vuhilnykh-stantsiy-/ (дата звернення: 09.12.2019).

[2] Про схвалення Енергетичної стратегії України на період до 2035 року «Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність» : розпорядження КМ України від 18.08.2017 р. № 605-р / Урядовий портал / КМ України. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/250250456 (дата звернення: 09.12.2019).

[3] Про ринок електричної енергії: Закон України від 13.04.2017 р. № 2019-VIII / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2019-19 (дата звернення: 04.12.2019).

[4] Про внесення змін до деяких законів України щодо встановлення «зеленого» тарифу: Закон України від 25.09.2008 р. № 601-VI / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/601-17 (дата звернення: 09.12.2019).

[5] Нові правила «зеленої енергетики» України: тарифні аукціони, уніфікація договорів PPA / сайт ЮФ Hillmont Partners/ Hillmont Partners. URL: https://hillmont.com.ua/ua/publ/alerts/alert-new-rules-ukraines-green-energy-feed-tariff-auctions-unification-power-purchase-agreements (дата звернення: 09.12.2019).

[6] Про затвердження нормативно-правових актів, що регулюють діяльність гарантованого покупця та купівлі електричної енергії за «зеленим» тарифом: постанова НКРЕКП від 26.04.2019 р. № 641 / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0641874-19/sp:wide (дата звернення: 09.12.2019).

[7] Про затвердження Примірних договорів, які укладаються із суб'єктами господарювання, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії: постанова НКРЕКП від 11.10.2012 р. № 1314 / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1314862-12/sp:max100 (дата звернення: 09.12.2019).

[8] Кицик Я.Р. Використання примірних та типових договорів у галузі електроенергетики України. *Приватне право і підприємництво*. 2016. № 16. С. 120–123.

[9] Беляневич О.А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. Київ: Юрінком Інтер. 2006. С. 184, 185.

[10] Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15 (дата звернення: 09.12.2019).

References:

The cost of wind power is equal to the cost of electricity from coal plants. Tatiana Turlikyan. URL: https://ecotown.com.ua/news/Sobivartist-enerhiyi-vitru-zrivnyalasya-z-sobivartistyu-elektroenerhiyi-vid-vuhilnykh-stantsiy-/ [in Ukrainian].

About the scolding of Energy Strategy of Ukraine for the period up to 2035 "Security, energy efficiency, competitiveness". CMU Order dated 18.08.2017 No. 605-p URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/250250456 [in Ukrainian].

On the electricity market. Law of Ukraine dated 13.04.2017 No. 2019-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2019-19 [in Ukrainian].

On Amendments to some Laws of Ukraine on implementation the feed-in-tariff. Law of Ukraine dated 25.09.2008 No. 601-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/601-17 [in Ukrainian].

Hillmont Partners. ALERT: New rules for Ukraine's green energy: Feed-in Tariff Auctions, the unification of Power Purchase Agreements. URL: https://hillmont.com.ua/publ/alerts/alert-new-rules-ukraines-green-energy-feed-tariff-auctions-unification-power-purchase-agreements

On approval of legal acts regulating the activity of the guaranteed buyer and purchase of electricity at the feed-in-tariff. NUNRCU Resolution dated 26.04.2019 No. 641. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0641874-19/sp:wide [in Ukrainian].

On the approval of the Model Contracts concluded with the entities producing electricity using alternative energy sources. NUNRCU Resolution 11.10.2012 No. 1314. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1314862-12/sp:max100 [in Ukrainian].

Kitsyk, Y.R. (2016). Use of model and standard contracts in the field of electricity of Ukraine. *Private Law and Entrepreneurship.* 16, 120–123 [in Ukrainian].

Belianevich, O.A. (2006). Economic contract law of Ukraine (theoretical aspects) monograph. Kyiv: Yurincom Inter [in Ukrainian].

Economic Code of Ukraine. Law of Ukraine dated 16.01.2003 No. 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15 [in Ukrainian].

Резюме

Никитченко Н.В., Гордієнко К.Ю. **Правова природа договору купівлі-продажу електроенергії за «зеленим» тарифом.**

У статті проаналізовано Типовий договір купівлі-продажу електроенергії за «зеленим» тарифом у зв'язку із запровадженням нового ринку електричної енергії та порядком роботи виробників ВДЕ. Визначено особливості укладення Типового договору між виробником та Гарантованим покупцем. Також проведено аналіз розбіжностей між Типовим та Примірним дого-

вором купівлі-продажу електроенергії за «зеленим» тарифом, який укладався до 1 липня 2019 р., досліджено механізм захисту інвесторів, які вкладатимуть кошти у проекти з ВДЕ.

Ключові слова: договір купівлі-продажу електроенергії, «зелений» тариф, PPA, Гарантований покупець, виробник, електроенергія, bankable PPA.

Резюме

Никитченко Н.В., Гордиенко К.Ю. **Правовая природа договора купли-продажи электроэнергии по «зеленому» тарифу.**

В статье проанализирован Типовой договор купли-продажи электроэнергии по «зеленому» тарифу в связи с внедрением нового рынка электрической энергии и порядка работы производителей ВИЭ. Определены особенности заключения Типового договора между производителем и Гарантированным покупателем. Так же был осуществлен анализ расхождений между Типовым и Примерным договором купли-продажи электроэнергии по «зеленому» тарифу, который заключался до 1 июля 2019 г., исследован механизм защиты инвесторов, которые будут вкладывать средства в проекты ВИЭ.

Ключевые слова: договор купли-продажи электроэнергии, зеленый тариф, PPA, Гарантированный покупатель, производитель, электроэнергия, bankable PPA.

Summary

Nataliia Nykytchenko, Katerina Gordienko. **Legal nature of the Power Purchase Agreement at the feed-in-tariff.**

The article analyzes the procedure of buying the electricity according to the feed-in-tariff (FIT) and the model («Typovyi») Power Purchase Agreement, in connection with the introduction of a new electricity market and the order of Renewable producers` business. Specific features of the model Power Purchase Agreement conclusion between Renewable producers and the Guaranteed Buyer are defined. It also analyzed the differences between the model Power Purchase Agreement and the oriental agreement as well as researched a mechanism of investors protection who would invest in the Renewable projects. The authors of the article have made a comparative analysis of the different Power Purchase Agreement`s editions, in particular: actual model agreement form and oriental agreement according to which the Renewable producers are no longer work but the provisions contained therein make it possible to analyze the process and the reasons for adoption of the new one form.

Effectiveness of a new electricity market introduction from July 1, 2019 depends on the regulation of the activities for all the market participants. Special operating conditions have been provided for the Renewable electricity producers. In particular, with the introduction of a new market, Renewable electricity producers began to sell electricity to the Guaranteed Buyer, the successor of the SE «Energorynok». However, in order to implement the new procedure of work for the Renewable producers, the Regulator needed to approve certain regulatory acts. With this purpose, in September 2018, the National Commission for State Regulation in the Fields of Energy and Utilities published a draft resolution «On approval of regulatory acts regulating the activity of a guaranteed buyer and purchase of electricity at feed-in-tariff», which contained the form a new model contract for the sale of electricity at feed-in-tariff between a Guaranteed buyer and an entity that produces electricity using alternative energy sources as well as the order of purchase and sale of electricity at FIT.

As rightly expected, the approval of these regulations is an important element not only for functioning of the new electricity market, but also for the continued growth of electricity production from renewable energy sources and attracting international investments.

Key words: Power Purchase Agreement, feed-in-tariff, guaranteed buyer, RES-produced electricity, electricity, bankable PPA.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.31
УДК 354.072.2

І.М. ДУДИК

Інна Миколаївна Дудик, *кандидат юридичних наук, головний спеціаліст Антимонопольного комітету України**

ORCID: 0000-0001-7735-4323

ІННОВАЦІЙНІСТЬ ПІДХОДУ У ВИРІШЕННІ КАРТЕЛЬНИХ СПОРІВ ЧЕРЕЗ ПРИМИРЕННЯ СТОРІН

Постановка проблеми. В умовах загострення конкуренції на внутрішніх і світових ринках протидія антиконкурентним узгодженим діям є одним із найгостріших викликів у діяльності Антимонопольного комітету України. Глобалізація, динамізм сучасного життя призвели до небувалого ускладнення та урізноманітнення антиконкурентних і антиринкових практик. Як ніколи раніше автори таємних домовленостей та цінових змов не були озброєні такою кількістю технологічних та процедурних новацій у вчиненні картельних правопорушень. Відповідно, як ніколи раніше, державний регулятор вказаних процесів не поставав перед такою кількістю викликів і проблем теоретичного осмислення, законодавчого удосконалення та процесуального забезпечення протидії картельної поведінки.

© І.М. Дудик, 2019

* ***Inna Dudyk,*** *Ph.D. in Law, Chief Specialist of the Antimonopoly Committee of Ukraine*

Найбільшою складністю і неоднозначністю в цьому сенсі є виявлення й доведення фактів картельних змов, які в українському законодавстві потрактовуються як антиконкурентні узгоджені дії. Інноваційність підходу протидії антикартельним змовам у сучасних умовах полягає саме у використанні процедури врегулювання картельного спору (settlement) шляхом укладення картельної мирової угоди або примирення сторін, який не тільки сприяє вирішенню конфліктної ситуації, а й заощаджує час та кошти учасників картельного спору.

Незважаючи на відсутність законодачо закріплених положень щодо застосування процедури примирення у справах про антиконкурентні узгоджені дії, у практичному аспекті все ж досить часто користується попитом. Зазначене проявляється в усних домовленостях між конкурентним відомством та суб'єктами узгоджених дій щодо встановлення мінімально допустимого розміру штрафу для порушників конкурентного законодавства, з однієї сторони, та визнання такого порушення учасниками картельної змови (навіть якщо факт вчинення такого порушення належним чином не доведений), з іншої сторони.

Практикування такого взаємовигідного методу вирішення картельного конфлікту (ще до його нормативного запровадження) є, на наш погляд, додатковим доказом його необхідності.

Тобто вимогою сучасної економічної системи є впровадження мирової угоди в нормативно-правове поле законодавства про захист економічної конкуренції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загалом інститут мирової угоди має тривалу історію свого розвитку, зазнавши розквіту в дореволюційний період. У ті часи мировій угоді як різновиду матеріально-правових угод присвячується цілий ряд робіт. Зокрема, поняттю, сутності мирової угоди була приділена увага з боку Є.В. Васьковського, Г. Денбурга, Г.Ф. Шершеневича тощо. За радянських часів інститут мирової угоди досліджувався М.А. Гурвичем, П.Ф. Єлісейкіним, І.Г. Побірченком та багатьма іншими вченими. У сучасний період, безперечно, вагоме значення мають праці таких вчених, як О.А. Беляневич, О.Г. Бортнік, Ю.В. Білоусов, Т.В. Боднар, О.П. Подцерковний, Ю.Д. Притика, Л.С. Феденяк, С.Я. Фурса, М.Й. Штефан, М.М. Ясинок та ін.

Натомість важливі питання досліджуваної проблеми останнім часом опосередковано вивчалися у працях таких науковців, як: О. Бакалінська[1], З. Борисенко[2], О. Вознюк[3], С. Валітов, І. Дудик[4], Т. Швидка[5], С. Шкляр[6]. У зв'язку з прийняттям Верховною Радою України проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення принципів процесуальної справедливості та підвищення ефективності проваджень у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції» (далі – законопроєкт) у повторному другому читанні та заветованим Президентом України, питання процедури врегулювання у справах про картелі актуалізувалися серед ряду юристів-практиків, зокрема: В. Гвоздь, А. Бондар[7], Е. Трегубов, О. Білик[8], М. Бойчук, Є. Сенченко[9] та ін.

Формулювання мети статті. Мета статті – проаналізувати правові норми та механізм їх застосування щодо ефективної боротьби з антиконкурентними узгодженими діями в контексті розгляду у Верховній Раді України проєкту закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення принципів процесуальної справедливості та підвищення ефективності проваджень у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції».

Виклад основного матеріалу. Врегулювати щось (у соціальному житті) означає визначати поведінку людей, задавати поведінці напрям функціонування й розвитку, цілеспрямовано впорядковувати її[10]. У разі виникнення спору сторони спершу визначаються із формами захисту.

Юрисдикційна форма передбачає вирішення правового спору у державному судовому органі – суді загальної юрисдикції або третейському суді. Вирішення спору – це владна дія особи, судді, яка наділена повноваженнями виносити рішення, обов'язкове для сторін спору.

Неюрисдикційна форма – це захист права самостійними діями уповноваженої особи без звернення до державних чи інших уповноважених органів. При виборі такої форми захисту дії сторін спрямовано на примирення, результатом якого є врегулювання спору шляхом укладення відповідної угоди. На відміну від вирішення спору, зовсім іншу природу має врегулювання спору, що передбачає досягнення сторонами спору взаємовигідного, компромісного рішення, яке буде задовольняти обидві сторони[11].

Процедура примирення починається після виникнення спору з моменту, коли сторони погоджуються звернутися до переговорів щодо способу врегулювання спору, який виник. Залежно від того, який вид процедури примирення обирають сторони (зокрема, яка проводиться самими сторонами без звернення до примирителів або із залученням таких осіб (посередників, медіаторів)), залежить і вид угоди. З урахуванням вищесказаного можна говорити про те, що проведення процедури примирення допускає укладення сторонами наступних договорів: 1) мирова угода; 2) медіаційна угода та інші.

Можливість використовувати мирову угоду для врегулювання спору та конфлікту залежить по-перше, від законодавчого закріплення такої можливості у сторін, по-друге, від ступеня гармонізації норм національного законодавства із правом Європейського Союзу.

На жаль, як зазначалося, для запровадження та, відповідно, використання учасниками картельного спору цього механізму примирення відсутня законодавча база.

Однак на початку 2019 р. була спроба прийняти досить важливий законопроєкт у сфері конкурентного законодавства «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення принципів процесуальної справедливості та підвищення ефективності проваджень у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції» (далі – законопроєкт), яким, зокрема, вносились зміни до Закону України «Про захист економічної конкуренції». Запропоновані законопроєктом удосконалення роботи Антимонопольного

комітету України (далі – Комітет) стосувались розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Зазначене можна назвати кроком до гармонізації українського законодавства з acquis Європейського Союзу.

Законопроєктом передбачається запровадження великої кількості новел та доповнень, що мають зробити процедуру розгляду Комітетом справ про порушення конкурентного законодавства більш прозорою та прогнозованою, а для бізнес-середовища забезпечить розширений та уточнений перелік процесуальних прав.

Одним із найбільш цікавих нововведень цього законопроєкту є процедура врегулювання у справах про антиконкурентні узгоджені дії. Цей інститут є абсолютно новим для вітчизняного законодавства про захист економічної конкуренції. Передбачалося, що він почне застосовуватися з 1 січня 2020 року. Однак, зважаючи на останні нормотворчі тенденції в конкурентному напрямі, із введенням в дію цього інноваційного явища для більш ефективної роботи Комітету доведеться зачекати.

Найпоширенішим видом порушень, що спотворюють конкуренцію, є, зокрема, антиконкурентні узгоджені дії. Згідно зі ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» антиконкурентними узгодженими діями є узгоджені дії, які привели чи можуть привести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції[12]. Конкурентним законодавством за такі дії передбачена відповідальність у вигляді штрафу. Максимальний розмір штрафу може становити до 10 % доходу суб'єкта господарювання за останній звітний рік.

Загальна кількість визнаних у 2018 р. порушень у вигляді антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання становила 263 одиниці. Із них 261 порушення припинено в межах розгляду справ, ще дії дії, що містили ознаки антиконкурентних узгоджених дій, припинено за результатами виконання рекомендацій. У 2018 р. органами Комітету за порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання були накладені штрафи на суму 119 866 694 грн.

Ще одна категорія антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання – вчинення суб'єктами господарювання схожих дій (бездіяльності) на ринку товару, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції у разі, якщо аналіз ситуації на ринку товару спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності). Частка цих порушень від загальної кількості антиконкурентних узгоджених дій становить 2 %. Такі дії найчастіше мали ціновий характер і були найбільш поширені на ринках паливно-енергетичного, агропромислового комплексів та на ринку лісозаготівлі. Також органи Комітету припиняли порушення законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді інших видів заборонених узгоджених дій, які стосуються, зокрема, встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів, усунення з ринку або обмеження доступу на ринок інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців, суттєвого обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин[13].

Прийнятий парламентом, однак не погоджений Президентом України (для редагування деяких положень), законопроєкт, запроваджуючи процедуру врегулювання, робить наступний крок у напрямку збільшення інструментів для ефективної роботи Антимонопольного комітету України, у тому числі в аспекті вирішення картельних спорів.

Відповідно до положень зазначеного законопроєкту процедура врегулювання може бути розпочата у справі на підставі заяви відповідача, яку він має подати до складення Комітетом подання з попередніми висновками у справі. Процедура врегулювання розпочинається лише у разі прийняття Комітетом рішення про доцільність застосування такої процедури та надання відповідної згоди на заяву відповідача.

На етапі врегулювання Комітет і відповідач проводять переговори, за наслідками яких може бути підписана угода про врегулювання, що має містити істотні умови, визначені законопроєктом (зокрема, правову кваліфікацію порушення, визнання відповідачем факту вчинення порушення, обставини порушення, розмір штрафу). Штраф для такого відповідача підлягає зменшенню на 20 % від розміру штрафу, розрахованого відповідно до оприлюднених Комітетом підходів до визначення розмірів штрафів.

Після підписання відповідачем проєкту угоди про врегулювання та отримання Комітетом такої угоди останній протягом трьох робочих днів направляє її до господарського суду. У свою чергу, у разі наявності в цій угоді всіх істотних умов, передбачених законопроєктом, господарський суд має затвердити її шляхом винесення відповідної ухвали або відмовити в затвердженні, якщо умови угоди суперечать вимогам законопроєкту, інтересам держави або суспільства, порушують права та інтереси сторін чи інших осіб, або якщо є очевидною неможливість виконання своїх зобов'язань відповідачем.

Після затвердження угоди судом Комітет приймає рішення у справі відповідно до умов угоди про врегулювання, яке надалі не може бути оскаржене відповідачем до суду.

Процедура врегулювання може бути припинена Антимонопольним комітетом України, якщо: 1) з відповідачем не було досягнуто згоди щодо істотних умов угоди; 2) відповідач не надіслав підписану ним угоду до органів Комітету; 3) господарський суд відмовив у затвердженні угоди про врегулювання.

У разі невиконання вимог угоди відповідачем Комітет має право звернутися до відповідного суду з клопотанням про скасування ухвали про її затвердження, після чого переглядає рішення, прийняте Комітетом щодо відповідача. Переглядаючи своє рішення, Комітет наділений повноваженнями змінити рішення, скасувати його та прийняте нове рішення.

Однак для реалізації положень щодо угоди про врегулювання картельних спорів необхідно ініціювати належні зміни до Господарського процесуального кодексу, які мають передбачати порядок затвердження судом угоди про врегулювання.

Проаналізований інноваційний підхід до врегулювання антиконкурентних конфліктів, безумовно, має позитивні ознаки та відповідний потенціал у подальшому правозастосуванні.

Одночасно мирні врегулювання у справах про картелі виступають новим ефективним засобом викриття та запобігання картельних змов. Як про це неодноразово наголошувалося в експертному середовищі, переваги від застосування таких процедур не обмежуються прискоренням розслідування стосовно фактів антиконкурентних угод та рішень. Позитивні наслідки від цих нововведень значно глибші. Вони полягають у вивільненні часових, організаційних, фінансових ресурсів суб'єктів державного контролю для розслідування інших картельних змов[14]. Крім того, наявність можливості зізнатися у правопорушенні й у такий спосіб позбутися або пом'якшити відповідальність одного з його учасників виступає важливим психологічним запобіжником, яким посилюється превентивний ефект від застосування мирного врегулювання у справах про картелі.

Враховуючи значні переваги від запровадження інституту безконфліктного врегулювання картельного спору, вважаємо за необхідне нерідко існуючі усні домовленості між учасниками узгоджених дій та конкурентним відомством України щодо взаємного примирення легалізувати на законодавчому рівні, встановивши, таким чином, чітку та прозору процедуру вирішення конфліктної ситуації.

Висновки. Позитивні наслідки від введення проаналізованої нами процедури безконфліктного врегулювання картельної справи важко переоцінити. Одними із можливих результатів діяльності цієї системи є сприяння скороченню адміністративних процедур, спрощення механізму усунення антиконкурентних наслідків від узгоджених дій, значне скорочення ризику оскарження прийнятих Антимонопольним комітетом України рішень та багато інших взаємних переваг. Використання мирової угоди як інноваційного підходу в процедурі примирення сприяє гнучкому, швидкому, конфіденційному та ефективному вирішенню/завершенню картельного спору. Зазначене належить якнайшвидше закріпити законодавчо і повною мірою запровадити у роботі національного конкурентного відомства Україні.

---

[1] Бакалінська О.О. Адаптація конкурентного законодавства України відповідно до угоди про асоціацію Україна–ЄС. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2017. № 5. С. 96–106

[2] Борисенко З. Розслідування картельних змов в Україні. *Правознавець*: електронна бібліотека юридичної літератури. URL: http://pravoznavec.com.ua/period/article/3287/%C7

[3] Вознюк О. Процедура «Settlement» застосовується лише у справах про картелі. *Юридична газета online* : всеукраїнське щотижневе професійне юридичне видання. URL: http://yurgazeta.com/interview/-procedura-settlement-zastosovuetsya-lishe-u-spravah-pro-karteli.html

[4] Дудик І.М. Державний контроль Антимонопольного комітету України за узгодженими діями суб'єктів господарювання: монографія / за заг. ред. канд. юрид. наук, чл.-кор. НАпрН України В.П. Нагребельного. Київ : Персонал, 2017. 167 с.

[5] Швидка Т.І. Правові механізми притягнення до відповідальності за антиконкурентні узгоджені дії (новели в законодавстві). *Науковий вісник публічного та приватного права.* 2018. Вип. 6. Т. 1. С. 171–176.

[6] Шкляр С., Булаєва О. На захисті економічної конкуренції. Огляд новел профільного законодавства. *Юридична газета online*: всеукраїнське щотижневе професійне юридичне видання. 2019. № 8 (662). URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/na-zahisti-ekonomichnoyi-konkurenciyi.html

[7] Гвоздь В., Бондар А. Конкурентне законодавство: рік у фокусі. *Юридична газета online:* всеукраїнське щотижневе професійне юридичне видання. 2019. № 16 (670). URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/konkurentne-zakonodavstvo-rik-u-fokusi.html

[8] Трегубов Е., Білик О. «Антимонопольний» вітер змін»: Порядок та особливості процедури врегулювання у справах про антиконкурентні узгоджені дії №15 (669). 2019. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/antimonopolniy-viter-zmin.html

[9] Бойчук М., Сенченко Є. Від інквізиційності до змагальності: зміни в антимонопольному процесі. *Юридична газета online*: всеукраїнське щотижневе професійне юридичне видання. № 15 (669). 2019. URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/vid-inkviziciynosti-do-zmagalnosti-zmini-v-antimonopolnomu-procesi.html

[10] Алексеев С.Ċ. Теория права. Москва: БЕК, 1995. 320 с. С. 32.

[11] Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.О. Договорное право. Москва, 2008. 525 с.

[12] Про захист економічної конкуренції: закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2210-14

[13] Звіт Антимонопольного комітету України за 2018 рік: затверджено Розпорядженням Антимонопольного комітету України від 12.03.2019 р. № 2–рп. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/Docs/zvity/2018/AMCU_2018.pdf

[14] Cartel settlements. Report to the ICN Annual Conference. – Kyoto, Japan. – International Competition Network. – April 2008. URL: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf

References:

Bakalinska, O.O. (2017). Adaptatsiia konkurentnoho zakonodavstva Ukrainy vidpovidno do uhody pro asotsiatsiiu Ukraina-YeS. *Zovnishnia torhivlia: ekonomika, finansy, pravo,* 5, 96-106 [in Ukrainian].

Borysenko, Z. Rozsliduvannia kartelnykh zmov v Ukraini. Pravoznavets: elektronna biblioteka yurydychnoi literatury. URL: http://pravoznavec.com.ua/period/article/3287/%C7 [in Ukrainian].

Vozniuk, O. Protsedura "Settlement" zastosovuietsia lyshe u spravakh pro karteli. *Yurydychna hazeta online :* useukrainske shchotyzhneve profesiine yurydychne vydannia. URL: http://yurgazeta.com/interview/-procedura-settlement-zastosovuetsya-lishe-u-spravah-pro-karteli.html [in Ukrainian]. Dudyk, I.M. (2017). Derzhavnyi kontrol Antymonopolnoho komitetu Ukrainy za uzghodzhenymy diiamy subiektiv hospodariuvannia: monohrafiia / za zah. red. kand. yuryd. nauk, chl.-kor. NAprN Ukrainy V.P. Nahrebelnoho. Kyiv: Personal [in Ukrainian].

Shvydka, T.I. (2018). Pravovi mekhanizmy prytiahnennia do vidpovidalnosti za antykonkurentni uzghodzheni dii (novely v zakonodavstvi). *Naukovyi visnyk publichnoho ta pryvatnoho prava,* 6, 1, 171–176 [in Ukrainian].

Shkliar, S., Bulaieva, O. (2019). Na zakhysti ekonomichnoi konkurentsii. Ohliad novel profilnoho zakonodavstva. *Yurydychna hazeta online:* vseukrainske shchotyzhneve profesiine yurydychne vydannia, 8 (662). URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/na-zahisti-ekonomichnoyi-konkurenciyi.html [in Ukrainian].

Hvozd, V., Bondar, A. (2019). Konkurentne zakonodavstvo: rik u fokusi. *Yurydychna hazeta online:* vseukrainske shchotyzhneve profesiine yurydychne vydannia, 16 (670). URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/konkurentne-zakonodavstvo-rik-u-fokusi.html [in Ukrainian].

Trehubov, E., Bilyk, O. (2019). «Antymonopolnyi» viter zmin»: Poriadok ta osoblyvosti protsedury vrehuliuvannia u spravakh pro antykonkurentni uzghodzheni dii №15 (669). URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/antimonopolniy-viter-zmin.html [in Ukrainian].

Boichuk, M., Senchenko, Ye. (2019). Vid inkvizytsiinosti do zmahalnosti: zminy v antymonopolnomu protsesi. *Yurydychna hazeta online:* vseukrainske shchotyzhneve profesiine yurydychne vydannia, 15 (669). URL: https://yur-gazeta.com/publications/practice/antimonopolne-konkurentne-pravo/vid-inkviziciynosti-do-zmagalnosti-zmini-v-antimonopolnomu-procesi.html [in Ukrainian].

Alekseev, S.Ċ. (1995). Teoryia prava. M.: BEK [in Russian].

Rozhkova, M.A. (M.A. Rozhkova, N.H. Elyseev, O.O. Skvortsov). (2008). Dohovornoe pravo. M. [in Russian].

Pro zakhyst ekonomichnoi konkurentsii: zakon Ukrainy vid 11 sichnia 2001 r. № 2210-III. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2210-14 [in Ukrainian].

Zvit Antymonopolnoho komitetu Ukrainy za 2018 rik. Zatverdzheno Rozporiadzhenniam Antymonopolnoho komitetu Ukrainy vid 12.03.2019 № 2–rp. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/Docs/zvity/2018/AMCU_2018.pdf [in Ukrainian].

Cartel settlements. Report to the ICN Annual Conference. Kyoto, Japan. International Competition Network. April 2008. URL: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc347.pdf [in English].

Резюме

Дудик І.М. **Інноваційність підходу у вирішенні картельних спорів через примирення сторін.**

Статтю присвячено інноваційному підходу вирішення картельного спору, а саме шляхом укладення угоди про врегулювання. Зазначена процедура є вкрай актуальною у сфері захисту економічної конкуренції з огляду на його практичну поширеність, з одного боку, а також на законодавчу неврегульованість, з іншого. Вказана процедура, однак, використовується Антимонопольним комітетом України без належного юридичного оформлення, що суттєво знижує її регуляторний та економічний ефект. Проаналізовано правові норми та механізм їх застосування щодо ефективної боротьби з антиконкурентними узгодженими діями в контексті проєкту закону «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення принципів процесуальної справедливості та підвищення ефективності проваджень у справах про порушення законодавства про захист економічної конкуренції».

Ключові слова: картель, процедура примирення, мирова угода, Антимонопольний комітет України, учасники антиконкурентних узгоджених дій.

Резюме

Дудык И.М. **Инновационность подхода в решении картельных споров путем примирения сторон.**

Статья посвящена инновационному подходу решения картельного спора, а именно путем заключения соглашения об урегулировании. Указанная процедура крайне актуальна в сфере защиты экономической конкуренции, учитывая ее практическую распространенность, с одной стороны, а также на законодательную неурегулированость, с другой. Эта процедура, однако, используется Антимонопольным комитетом Украины без надлежащего юридического оформления, что существенно снижает ее регуляторный и экономический эффект. Проанализировано правовые нормы и механизм их применения в отношении эффективной борьбы с антиконкурентными согласованными действиями в контексте проекта закона «О внесении изменений в некоторые законы Украины относительно обеспечения принципов процессуальной справедливости и повышения эффективности производств по делам о нарушении законодательства о защите экономической конкуренции».

Ключевые слова: картель, процедура примирения, мировое соглашение, Антимонопольный комитет Украины, участники антиконкурентных согласованных действий.

Summary

Inna Dudyk. **Innovative approach in resolving cartel disputes due to conciliation on the parties.**

This article focuses on how cartel disputes are being innovatively resolved in Ukraine by making agreement for settlement. Such procedure is extremely essential for economic competition fostering, taking into account how widespread and important it is from practical perspective. Another issue to mention in this regard is that cartel settlement is still the issue that is far from being properly regulated by Ukrainian legislation.

The legal norms and the applicable mechanisms concerning effective dealing with anticompetitive plots among businesses for purposes of the draft law "On Amendments to Some Laws of Ukraine on Ensuring the Principles of Procedural Justice and Improving the Effectiveness of Proceedings in Violation of the Law on Protection of Economic Competition" are analyzed.

According to the provisions of the mentioned draft law, the settlement procedure may be initiated on the basis of the application of the defendant, which he must submit before the Antimonopoly Committee makes its preliminary conclusions on the case. The settlement procedure shall be initiated by the Committee only if it has taken a decision that applying such procedure is appropriate and sending the defendant its applicable consent to consider the defendant's statement.

At the settlement stage, the Committee and the defendant are negotiating the consequences which will follow making the settlement. Such settlement agreement may be signed if essential conditions specified in the draft law are to be fulfilled (in particular, the legal qualification of the violation, the defendant's recognition of the violation, the circumstances of the violation, the amount of the fine). The fine for such a defendant is subject to a 20 % reduction in the amount of the fine calculated in accordance with the Committee's approach to fines.

After signing the draft settlement agreement by the defendant and receiving such agreement by the Committee, the latter sends it to the Commercial Court within three working days. In case this agreement envisages all the essential conditions stipulated by the draft law, the commercial court must approve it by issuing the relevant decision or refuse its approval if the terms of the agreement contradict the requirements of the draft law, interests of the state or society, violate the rights and interests of the parties, as well as if there is a clear inability to fulfil obligations by the defendant.

After approval of the agreement by the court, the Committee decides on the case in accordance with the terms of the settlement agreement, which cannot be questioned by the defendant in front of the court.

However, in order to implement the provisions of the agreement on the settlement of cartel disputes, it is necessary to initiate appropriate changes to the Commercial Code, which should provide for the procedure for the court approval of the settlement agreement.

Key words: cartel, cartel settlement, conciliation of parties, Antimonopoly Committee of Ukraine, fine (sanction), participants in economic activity.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.32

УДК 347.4

П.Д. ГУЙВАН

Петро Дмитрович Гуйван, *кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, професор Полтавського інституту бізнесу*[*]

ORCID: 0000-0003-3058-4767

НЕДОТОРКАННІСТЬ ДАНИХ ПРО ОСОБИСТЕ ЖИТТЯ ЛЮДИНИ ЯК ЕЛЕМЕНТ ЇЇ ПРАВА НА ПРИВАТНІСТЬ

Постановка проблеми. Специфіка інформаційної діяльності полягає в постійному користуванні інформацією, в отриманні її із зовнішніх джерел, безпосередньо в її створенні. Важливим складовим елементом даного процесу є вдосконалення управлінських функцій з боку органів влади щодо гарантування кожному члену громади можливості бути поінформованим про ті факти зовнішнього світу, які дають змогу ефективно та дієво реалізовувати особисті та соціально значимі права особи. Суспільство заінтересоване в розвитку прозорості та відкритості державного управління. Прозорість та доступність відомостей про державні органи надає можливість оцінювати їхню діяльність, сприяє розширенню функцій громадянського контролю. Відтак, високий рівень інформованості громадян покликаний забезпечувати належне та своєчасне здійснення та захист особистих інтересів індивідуума, пов'язаних з можливістю реалізувати права і свободи[1].

За приписом ст. 7 Закону України «Про інформацію» вказується, що право на інформацію (у т. ч. інформацію про фізичну особу) охороняється законом. Держава гарантує всім суб'єктам інформаційних відносин рівні права і можливості доступу до інформації. Ніхто не може обмежувати права особи у виборі форм і джерел одержання інформації, за винятком випадків, передбачених законом. Суб'єкт інформаційних відносин може вимагати усунення будь-яких порушень його права на інформацію. Водночас особа вправі захищати усіма дозволеними способами своє право на приватність, яке включає недоторканність особистої інформації про інтимні, особисті сторони свого приватного буття. Так, Закон України «Про інформацію» у ст. 21 зазначає: «*конфіденційною є інформація про фізичну особу, а також інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень. Конфіденційна інформація може поширюватися за бажанням (згодою) відповідної особи у визначеному нею порядку відповідно до передбачених нею умов, а також в інших випадках, визначених законом»*. Як бачимо, має місце певне протиставлення публічно-правових засад охорони суспільного порядку, як.ржчрШц

них заходів щодо охорони громадського благополуччя, що призвели до використання вказаної особистої інформації, може бути визнано правомірним. Скажімо, у судовій справі «З. проти Фінляндії», яку розглядав Європейський суд[7], було виявлено, що поліція проводила розслідування проти чоловіка заявниці за звинуваченнями у низці статевих злочинів. Як було виявлено під час розслідування, заявниця та її чоловік були інфіковані вірусам ВІЛ. Дані факти були сповіщені потерпілим у кримінальній справі. У подальшому провідна щоденна газета «Гельсінкі Саномат» у своїй статті повідомила про виїмку медичної документації, що стосується заявниці, під заголовком «Прокурор отримує медичну документацію, що стосується жінки, чоловіка якої обвинувачено у вчиненні зґвалтувань, з небезпекою поставлення жертв у зараження ВІЛ-інфекцією». У статті йдеться про те, що дружина Х., чиє ім'я та прізвище згадується повністю, була пацієнткою у відділенні лікарні, де проходять лікування хворі на ВІЛ.

У своїй заяві, адресованій Суду, пані Z. скаржилась на порушення права на повагу до особистого та сімейного життя, гарантованого ст. 8 Конвенції внаслідок видачі наказів, які зобов'язували її лікарів давати показання та розголошувати медичну інформацію щодо неї у кримінальному переслідуванні проти її чоловіка; виїмки її медичної документації з лікарні, де вона проходила лікування, та приєднання їх до матеріалів справи у повному обсязі; рішень компетентних судів, що обмежували термін нерозголошення протоколу судового засідання на період до 10 років; розголошення її особи, та її медичних даних у рішенні суду (п. 57). ЄСПЛ визнав беззаперечним той факт, що різноманітні заходи, яких було вжито та які оскаржувались заявницею, являли собою втручання у здійснення нею свого права на повагу до приватного і сімейного життя, гарантованого ст. 8 Конвенції.

Але більш визначальним для вирішення даного спору по суті все ж було питання про правомірність такого втручання, зокрема, чи воно було виправданим з точки зору законності (п. 71). Детально вивчивши його, Суд не знайшов жодних обставин, які б обґрунтовували те, що заходи, яких було вжито, суперечили внутрішньому законодавству, чи результати застосування чинного законодавства були недостатньо передбачуваними, на виконання вимог якості, як розуміється під словосполученням «відповідно до закону». Також Суд встановив, що під час провадження у справі, заходи розслідування, про які йдеться, мали легітимну мету були спрямовані на «захист прав та свобод інших людей». Саме цим обґрунтовувалось рішення національного суду щодо строку обмеження розголошення даних. Адже заінтересованість громадськості у відкритості судових процесів сприяє підтриманню довіри соціуму до судів. За законодавством Фінляндії будь-який із членів громадськості має можливість реалізувати своє право на доступ до матеріалів справи після закінчення строку чинності рішення суду про нерозголошення. Таким чином можна стверджувати, що дане рішення було спрямоване на захист «прав та свобод інших осіб» (п. 73, 77).

Нарешті, з'ясовуючи питання про необхідність подібного втручання у демократичному суспільстві, Суд зазначив: при встановленні даного факту необхідно врахувати те, чи у світлі всієї справи обґрунтування, які наводились з метою виправдання вжитих заходів, були доречними й достатніми, та чи дані заходи були співрозмірні меті закону. У цьому зв'язку, як вважає Суд, захист особистих даних, не тільки медичних, є надзвичайно важливим для реалізації особою свого права на повагу до приватного та сімейного життя, гарантованого ст. 8 Конвенції. Повага до конфіденційності інформації про стан свого здоров'я є невід'ємним принципом правових систем країн-учасниць Конвенції. Вирішальною є не лише повага до медичної таємниці пацієнта, а також і забезпечення його довіри до медичної професії та медичних послуг загалом. Без такого захисту особи, які потребують медичної допомоги, можуть віднаджуватись від надання інформації особистого та інтимного характеру, що може бути необхідним для отримання належного лікування, та навіть від прагнення отримати таку допомогу і таким чином наражати себе та своє здоров'я, а у випадку інфекційного захворювання і здоров'я суспільства, на небезпеку. Вказані міркування є особливо важливими, якщо йдеться про нерозголошення інформації, яка стосується захворювання особи на ВІЛ. Розголошення таких даних може значно вплинути на приватне та сімейне життя особи, на її соціальний статус та зайнятість, піддаючи таку особу ганьбі та ризику бути вигнанцем у суспільстві (п. 94–96).

Дане втручання не може визнаватись таким, що відповідає ст. 8 Конвенції, якщо тільки воно не виправдане певними важливими суспільними інтересами. Беручи до уваги особливо інтимну та вразливу природу інформації про захворювання особи на ВІЛ, будь-які державно-владні заходи, які примушують надавати чи розголошувати таку інформацію без згоди пацієнта, зобов'язують суд бути дуже уважним та ретельно досліджувати вказані обставини, як це роблять гарантії, прийняті для забезпечення ефективного захисту. Але у даній справі Суд визнає той факт, що заінтересованість у розслідуванні злочину та у гласності судового процесу може переважати заінтересованість як пацієнта, так і громадськості в цілому у недопущенні розголошення медичної таємниці. При цьому ЄСПЛ послався на ст. 9 Конвенції Ради Європи «Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних», де вказується на те, що такі інтереси прав і свобод інших людей (зокрема, при розслідуванні злочину) є навіть важливішими[8]. Таким чином, у питаннях, які стосуються доступу громадськості до особистих даних, питання переваги в оцінюванні має обов'язково ставитися при встановленні справедливого балансу між заінтересованістю громадськості у гласності судового процесу, з однієї сторони, та інтересом сторони у справі чи третьої особи у нерозголошенні такої інформації з іншої. Обсяг даної переваги буде залежати від таких факторів, як природа і серйозність конфліктних інтересів та ступінь небезпеки такого втручання. Всебічно проаналізувавши матеріали справи, Європейський суд дійшов висновку, що з приводу вжитих заходів не було порушення ст. 8 Конвенції (п. 97, 99, 105).

Як можна помітити, коментована наразі судова справа наочно ілюструє правовий підхід, якого слід дотримуватися національному судівництву: заходи, що були застосовані для втручання у конвенційне право особи можуть бути визнані належними, коли вони виправдані своїми суспільно бажаними результатами, оскільки уповноважені державні органи спрямовували свою діяльність на захист охоронюваних інтересів інших осіб, і цей інтерес істотно перевищував приватний. Але вказана перевага пріоритетів обов'язково має бути доведена органом публічної влади. У принципі, якщо керуватися вказаними чинниками, питання про необхідний до застосування захисний юридичний механізм, який адекватний вимогам щодо належної реалізації інформаційного права особи, значною мірою спрощується. При цьому може бути захищене і публічне право, яке проявилося у порушенні, здавалося б, персональних прав особи на інформацію.

До прикладу, зазвичай поняття «погляди» у контексті ст. 34 Конституції України має такий сенс, який характеризує особисту позицію певного індивіда щодо тих чи інших фактів, подій чи явищ. Але, як виявляється, у цій царині також потребується проведення аналізу сутності відповідного змісту та спрямованості реалізацій такого права. Бо саме з урахуванням такого аналізу буде правильним обрання охоронно-правового методу захисту суб'єктивного права у разі його порушення. Так, у справі «Інформаціорферайн Лентіа» та інші проти Австрії»[9] заявники скаржилися, що вони не мали змоги створити радіостанцію і поширювати свої думки та ідеї, оскільки згідно з австрійським законодавством це право обмежувалося Австрійською телерадіомовною корпорацією. Вони стверджували, що це обмеження права монопольним утворенням є несумісним з принципом інформаційної свободи у демократичному суспільстві. Вивчивши обставини справи, Суд визнав, що спірне втручання було непропорційним до мети і, відповідно, не було необхідним у демократичному суспільстві. Таким чином, було порушено конвенційну ст. 10 (п. 38, 43).

З проведеного дослідження можемо зробити певні **висновки.** Система сучасних інфовідносин свідчить, що на практиці органи, покликані здійснювати захист прав особи, далеко не завжди правильно визначають критерії, які здатні забезпечити необхідний рівень захищеності інформаційних прав особи. Для того, аби здійснити належний захист основоположного права людини на приватність, включаючи захист її особистих даних, слід визначити (уточнити) склад і категорії оброблюваних відомостей, виявити приватну чи публічну спрямованість інтересу особи, встановити перелік можливих правопорушень у даній сфері, визначитися із конкретними заходами юридичного захисту залежно від характеру та наслідків порушень безпеки інформаційних прав.

---

[1] Єсімов С. Право на доступ до інформації – ключовий елемент громадського *контролю. Вісник Національного університету «Львівська політехніка».* Юридичні науки. 2016. № 855. С. 64.

[2] Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина. Київ: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2006. 262 с.

[3] Рыбальченко Р.К. Личная жизнь граждан и некоторые вопросы ее конституционной охраны в СССР. *Проблемы социалистической законности*. Харьков, 1981. Вып. 4. С. 54.

[4] Цивільне право України: Академічний курс: підручник: у 2-х т. / А.Ю. Бабаскін, Т.В. Боднар, Ю.Л. Бошицький та ін. ; за заг. ред. Я.М. Шевченко. Київ.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. Т. 1: Загальна частина. С. 158.

[5] Рішення ЄСПЛ від 8 липня 2003 р. у справі «Хеттон та інші проти Сполученого Королівства» (Hatton and Others v. the United Kingdom), заява № 36022/97. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-61188"]}

[6] Рішення ЄСПЛ від 29 червня 2006 р. у справі «Пантелеєнко проти України», заява № 11901/02. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_274

[7] Рішення ЄСПЛ від 25 лютого 1997 р. у справі «Z проти Фінляндії» (Z v. Finland), заява № 22009/93. URL: http://medicallaw.org.ua/fileadmin/user_upload/pdf/Z_against_Finland.pdf

[8] Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних: Конвенція Ради Європи від 28 січня 1981 р. № 108. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/conv108.pdf

[9] Рішення ЄСПЛ від 24 листопада 1993 р. у справі «Інформаціорферайн Лентіа» та інші проти Австрії» (Informationsverein Lentia and others v. Austria), заяви №№ 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 та 17207/90). URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57854"]}

References:

Yesimov, S. (2016). Pravo na dostup do informatsii – kliuchovyi element hromadskoho kontroliu. *Visnyk Natsionalnoho universytetu «Lvivska politekhnika». Yurydychni nauky.* 855, 63–72 [in Ukrainian].

Lykhova, S.Ia. (2006). Zlochyny u sferi realizatsii hromadianskykh, politychnykh ta sotsialnykh prav i svobod liudyny i hromadianyna. K.: Vydavnycho-polihrafichnyi tsentr «Kyivskyi universytet» [in Ukrainian].

Ribalchenko, R.K. (1981). Lichnaia zhyzn hrazhdan y nekotorie voprosy ee konstytutsyonnoi okhrany v SSSR. *Problemi sotsyalystycheskoi zakonnosty.* Kh., 4, 52–58 [in Ukrainian].

Shevchenko, Ya.M. (za zah. red.). (2003). Tsyvilne pravo Ukrainy: Akademichnyi kurs: Pidruchnyk: U 2-kh t. T. 1. Zahalna chastyna. K.: «In Yure» [in Ukrainian].

Rishennia YeSPL vid 8 lypnia 2003 roku u spravi «Khetton ta inshi proty Spoluchenoho Korolivstva» (Hatton and Others v. the United Kingdom), zaiava № 36022/97. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-61188"]} [in Ukrainian].

Rishennia YeSPL vid 29 chervnia 2006 roku u spravi «Panteleienko proty Ukrainy», zaiava № 11901/02. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_274 [in Ukrainian].

Rishennia YeSPL vid 25 liutoho 1997 roku u spravi «Z proty Finliandii» (Z v. Finland), zaiava № 22009/93. URL: http://medicallaw.org.ua/fileadmin/user_upload/pdf/Z_against_Finland.pdf [in Ukrainian].

Konventsiia Rady Yevropy «Pro zakhyst osib u zviazku z avtomatyzovanoiu obrobkoiu personalnykh danykh» vid 28 sichnia 1981 roku № 108. URL: http://ippi.org.ua/sites/default/files/conv108.pdf [in Ukrainian].

Rishennia YeSPL vid 24 lystopada 1993 roku u spravi «Informatsiorferain Lentia» ta inshi proty Avstrii» (Informationsverein Lentia and others v. Austria), zaiavy №№ 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 ta 17207/90); URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57854"]} [in Ukrainian].

Резюме

Гуйван П.Д. **Недоторканність даних про особисте життя людини як елемент її права на приватність.**

Статтю присвячено вивченню актуального питання належного та справедливого вирішення справ щодо захисту конституційного права особи на інформацію. В роботі встановлено наявність фактичного протиставлення публічно-правових засад охорони суспільного порядку, які полягають у відкритості та доступності відомостей, у тому числі і про конкретну особу, що становлять суспільний інтерес, із принциповими підходами щодо недоторканності даних особистісного характеру про життєдіяльність людини. Запропоновано використання підходу ЄСПЛ, за яким, коли порушення відбулося стосовно інформаційних прав, які мають більшу вагу для приватних чи публічних інтересів, застосовуватиметься відповідний захисний механізм.

Ключові слова: приватне життя, публічний інтерес, інформаційне право.

Резюме

Гуйван П.Д. **Неприкосновенность данных о личной жизни человека как элемент его права на приватность.**

Статья посвящена изучению актуального вопроса надлежащего и справедливого разрешения дел по защите конституционного права человека на информацию. В работе установлено наличие фактического противопоставления публично-правовых основ охраны общественного порядка, которые заключаются в открытости и доступности сведений, в том числе и о конкретном лице, представляющих общественный интерес, с принципиальными подходами к неприкосновенности данных личностного характера о жизнедеятельности человека. Предложено использование подхода ЕСПЧ, согласно которому, когда нарушение произошло относительно информационных прав, имеющих больший вес для частных или публичных интересов, должен применяться соответствующий защитный механизм.

Ключевые слова: частная жизнь, публичный интерес, информационное право.

Summary

Petro Guyvan. **The inviolability of data on a person's personal life as an element of her right to privacy.**

The article deals with the pressing issue of the proper and fair resolution of cases concerning the protection of a person's constitutional right to information. The essence and legal content of the right of a person to privacy was clarified. It is determined that this concept, without an assessment of the social aspect of the purely personal, at first glance, manifestations of human existence, is incorrect. For, despite not being aware of the fact of the presence of a public manifestation by a particular individual, his or her behavior in the plane of realization of the elements of his / her personal life may still in a certain way relate to events, phenomena and circumstances of the social level, and thus acquire the legal significance of a public factor. Thus, the paper establishes the existence of actual juxtaposition of public-law principles of public order protection, which consist in openness and accessibility of information, including about a particular person of public interest, with principled approaches to the inviolability of personal data about human life activity. Given that the national legislator does not provide clear criteria for distinguishing data properties of the information right of the person, and the law enforcement practice has not worked out options for their application, a reasonable conclusion is made about the need to apply a legal principle, which is defended by an international institution - the European Court of Human Rights. It is that when a violation has occurred concerning the restriction of the access to information / documents that are more important to the private than the public interest, Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms will apply, which provides that everyone has the right to respect. of his private and family life, to his home and correspondence, in the presence of the same priority in relations of public interest, shall be subject to the protective construction of the convention Article 10, which protects the right of a person to access public information. In this article, the specific examples of ECtHR practice demonstrate the effectiveness and efficiency of this legal framework. Proposal for the national judicial system: the measures taken by public authorities to interfere with the convention law of a person may be considered appropriate when justified by their socially desirable results, aimed at protecting the protected interests of others, and this interest was substantially higher than the private one.

Key words: privacy, public interest, information law.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.33
УДК 347.91

А.Г. ГУЛИК

Андрій Григорович Гулик, *кандидат юридичних наук, суддя Львівського окружного адміністративного суду*[*]

ORCID: 0000-0001-5390-1812

ПРИМИРНІ ПРОЦЕДУРИ ЯК ОДНА З МОЖЛИВИХ ФОРМ ОПТИМІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Постановка проблеми. Для багатьох країн світу впровадження примирних процедур стало одним з підсумків розвитку сучасного цивільного процесу. У доктринальній юридичній літературі не без підстав підкреслюється, що процес появи і практичного втілення ідеї примирення сторін неможливо розглядати відокремлено від загальних процесів розвитку цивільного процесуального права. Обґрунтовуючи закономірність появи примирних процедур, причини й наслідки їх розвитку, вчені-процесуалісти звертаються, як правило, до теорії трьох хвиль М. Каппеллеті та зміни процесуальних парадигм.

Простежуючи за істотною зміною спільних для багатьох країн однієї правової традиції основних ідей, що є підґрунтям правосуддя в цивільних справах, В. О. Аболонін припускає, що примирні процедури – це прояв чергової парадигми, яка зароджується, «нового» цивільного процесу, у якому основна перевага буде надана не охоронній функції правосуддя, як це було в період «традиційного» і «сучасного» цивільного процесу, а консиліативній (примирній) функції, де основу буде становити врегулювання спору[1].

Важко не погодитися з наведеною тезою. За цих умов для національної правової системи вкрай важливою є практика застосування нового цивільного процесуального законодавства. І не тільки в аспекті його оцінки, а й формування сучасних підходів до нормативної регламентації правових явищ.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, С.О. Короєда, Ю.В. Білоусова, С.С. Бичкової, О.В. Гетманцева, К.В. Гусарова, В.В. Комарова, Н.Ю. Сакари, Ю.Д. Притики, Г.П. Тимченка, С.Я. Фурси та інших. Проте процедури примирення ще знаходяться тільки на етапі впровадження в цивільне судочинство, що вимагає їх концептуальної розробки у руслі загальноприйнятих тенденцій, яка поєднала б теоретичні висновки й гіпотези із практикою правозастосування, була спрямована на одержання цілісного знання про примирення сторін і їх форми, а також удосконалення цивільної процесуальної діяльності.

Формулювання мети статті. Мета даної статті полягає в аналізі нормативно-правової моделі урегулювання спору в цивільному судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Звернемося до цивільного процесуального законодавства України як відображення законодавчої концепції моделі врегулювання спору.

У розділі «Позовне провадження» незначна за обсягом глава 4 одержала назву «Урегулювання спору за участю судді». Вона містить положення про підстави, порядок і строки проведення врегулювання спору за участю судді, а також підстави припинення цієї процедури.

Як бачимо, законодавець досить чітко окреслив значення процедур урегулювання спору за участю судді, визначивши їм місце між підготовчим провадженням і розглядом справи по суті. Однак треба сказати, що питання з приводу місця примирних процедур у межах судового процесу ще не одержало остаточного й однозначного вирішення в цивілістичній науці[2].

Визначаючи місце таких процедур у структурі цивільного процесуального законодавства, слід виходити із необхідності забезпечити послідовність, внутрішню узгодженість і цілісність правового регулювання цивільної процесуальної діяльності. Якщо відносити дані процедури до загальної частини кодексу, то таке розташування глави буде сприяти узгодженню її норм із іншими загальними правилами цивільного судочинства[3]. Поки що чинна редакція глави спрямовує нас до позовного провадження й актуалізує питання її змісту.

У ст. 12 ЦПК України міститься загальна норма про те, що суд роз'яснює, якщо буде потреба, учасникам судового процесу їх процесуальні права й обов'язки, а також наслідки здійснення або нездійснення процесуальних дій. Такий же спосіб закріплення юридичного обов'язку застосовується під час нормативної регламентації врегулювання спору за участю судді. Стаття 203 ЦПК України передбачає, що суд роз'яснює сторонам мету, порядок проведення врегулювання спору за участю судді, права та обов'язки сторін, предмет доказування в категорії справ, що розглядаються, пропонує сторонам надати пропозиції, які стосуються шляхів мирного врегулювання спору.

© А.Г. Гулик, 2019

[*] ***Andriy Gulik,*** *Ph.D. in Law, Judge of Lviv District Administrative Court*

Цим не обмежується діяльність суду щодо врегулювання спору. Закон надає судді право запропонувати можливий шлях мирного врегулювання спору, звернути увагу сторін на судову практику з аналогічних спорів. Виникає питання: роз'яснення прав і послідовності проведення примирної процедури – це і є врегулювання спору? Логічним було б їх розташування в Загальній частині кодексу, залишаючи у главі про врегулювання спору за участю судді лише конкретні обов'язки. У тому вигляді, у якому закріплені перераховані вище обов'язки суду, вони не сприяють з'ясуванню особливостей процедури врегулювання спору за участю судді. Навіть досить умовно в цьому контексті можна говорити про права суду як елементі даної процедури.

Такий стан, на наш погляд, зумовлений тим, що встановлення обов'язків суду відбувається без урахування прав сторін. Обов'язки суду необхідно розглядати насамперед як відповідь на волевиявлення учасників процесу. Цивільне процесуальне законодавство в цьому зв'язку не згадує про можливості осіб, що беруть участь у справі, звернутися до суду за проведенням примирної процедури. Таке право тільки буде конкретизувати положення ст. 4 ЦПК України, яке встановлює, що кожна особа має право у порядку, передбаченому цим кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оскаржуваних прав, свобод або законних інтересів. Закон спеціально обумовлює право органів і осіб звернутися до суду за захистом інтересів інших осіб або державних і суспільних інтересів.

Вбачається, що учасники процесу повинні мати і право на примирення, на вибір такої примирної процедури, яка найбільше відповідала б їх власним інтересам. При цьому важливо не тільки надати таку можливість, а й указати на часові межі її здійснення.

Розмірковуючи про можливу систему примирних процедур, ми концептуально виходимо з того, що не можна обмежуватися тільки процедурами врегулювання спору за участю судді, хоча вона єдина одержала нормативне закріплення. Суб'єктивне право сторін впливати на хід судового процесу повинно бути деталізоване можливістю вибору судових процедур, яка надається. Закордонна теорія і практика вже давно запропонували цілу низку апробованих часом примирних процедур, частина з яких зі сфери альтернативного вирішення спорів може перейти до цивільного судочинства. Переговори, посередництво, судова медіація, експертні та квазіпроцедури, гібридні форми альтернативного вирішення спорів – процедури, які мають значний потенціал у межах судового процесу. Потрібно тільки надати легітимності таким процедурам. Внаслідок проведення таких процедур підвищується сама можливість знаходження прийнятного для обох сторін варіанта виходу зі спірного конфлікту, його стійкість і виконуваність.

На думку О.В. Горецького, у вже розпочатому судовому процесі сторонам необхідно надати можливість досягнення бажаної згоди шляхом проведення переговорів. Завдання законодавця – створити сторонам можливість вибору процедури узгодження своїх позицій[4].

Про перспективи розвитку медіації в цивільному процесі, виходячи із чинної редакції ЦПК України, також говорити зарано. Про медіацію згадується лише одного разу й тільки щодо закріплення привілеїв конфіденційності. Законодавець називає медіацію позасудовою процедурою, хоча можливість проведення процедури врегулювання спору за участю посередника повинна бути на будь-якій стадії цивільного процесу. У законі акцентується увага лише на примирній процедурі за участю судді, закріплюється обов'язок судді з'ясувати, чи бажають сторони передати справу на розгляд третейського суду або звернутися до суду для проведення процедури врегулювання спору за участю судді. На відсутність обов'язку суду з'ясувати в підготовчому засіданні, чи бажають сторони звернутися до процедури медіації для врегулювання спору мирним шляхом уже зверталася увага в юридичній науці[5].

На ґрунті вітчизняного правознавства можуть знайти застосування й інші примирні процедури. У цьому сенсі важливо не тільки проголосити можливість і допустимість примирення, а й інформувати потенційних учасників щодо конкретних варіантів поведінки. Їх використання і варіювання повинно ґрунтуватися виключно на волі й ініціативі учасників цивільного обороту. Водночас віднесення до подібного переліку уже відомих процедур повинно здійснюватися із чітким розумінням того, що являє собою та або інша процедура[6].

Повторимося ще раз. Цивільне процесуальне законодавство України знає тільки одну примирну процедуру – урегулювання спору за участю судді. Проте надання судді нових обов'язків щодо врегулювання спору – це не новела для законодавства низки зарубіжних країн. У цьому зв'язку цікавою є оцінка такого явища з боку юридичної доктрини.

В.О. Аболонін, який аналізував практику й пілотні проєкти судової медіації в Німеччині, вказував на невдоволення співтовариства приватних медіаторів, що динамічно розвивається. Здійснювана в судах процедура сприймалася ними винятково як невиправдана конкуренція і пряма загроза потенційному розвитку в Німеччині позасудової медіації. На їх думку, здійснювана суддею процедура медіації не може розглядатися як діяльність зі здійснення правосуддя. Крім того, процедура, яка проводиться суддями, через її обмеженість у часі не дозволяє їм з'ясувати дійсні інтереси сторін і досягти справжнього примирення[7]. Саме співтовариство приватних медіаторів і адвокатів наполягало на закріпленні в законі заборони на проведення процедури медіації суддями й нормативному закріпленні моделі зовнішньої судової медіації, за якої суддя повинен спрямовувати сторони для проведення медіації до приватного медіатора[8].

За свідченням О.В. Горецького, значна частина учасників судового процесу сьогодні скептично налаштована щодо примирної ролі суду у спорі, і нововведення може так і не знайти свого подальшого розвитку у практичній діяльності. Усі переваги й недоліки нової процедури стосуються насамперед визначення ролі суду в такій процедурі, а також співвідношення понять «медіація» і «урегулювання спору за участю судді»[9].

Звичайно, волевиявлення сторін є визначальним для ініціювання даної процедури. Але роль суду полягає в тому, щоб підказати, спрямувати сторони, пояснити їм можливі вигоди такого вибору. Г.П. Тимченко не без підстав писав у своїй роботі, що у процесуальному законодавстві необхідно вказати на можливість врегулювання спору і примирення сторін за клопотанням однієї з них чи за їх взаємною згодою або за ініціативою суду. В останньому випадку також необхідно отримати згоду на проведення примирних процедур. Аналогічно слід вчиняти і в ситуації, коли клопотання щодо врегулювання спору заявила одна зі сторін[10].

Звернемо увагу й на відсутність у законодавстві вказівки на обов'язковість здійснення примирної процедури в певних категоріях цивільних справ. Хоча досвід зарубіжних країн знову демонструє достатній позитивний ефект від даних норм. Зокрема, в італійському законодавстві міститься правило, згідно з яким той, хто має намір звернутися до суду за вирішенням спору, що стосується спільного володіння нерухомим майном, речових прав, розподілу майна, прав спадкування, сімейних договорів, договорів оренди, безоплатного надання в користування, оренди підприємств, відшкодування збитку внаслідок руху транспортних засобів і судів, відшкодування збитку, заподіяного медичними працівниками, відшкодування збитку від наклепницької інформації, поширеної друкованими виданнями або іншими засобами масової інформації, договорів страхування, банківських і фінансових договорів, повинен вдатися до процедури медіації. Звернення до процедури медіації є умовою розгляду справи в судовому порядку[11].

У Німеччині, за загальним правилом, примирна процедура є обов'язковою у всіх справах, які розглядаються судом першої інстанції. Виняток становлять ті випадки, коли спробу примирення вже було зроблено або примирна процедура вбачається такою, що не має перспективи[12].

Необхідно створювати умови, за яких сторони самі будуть намагатися використовувати всі переваги мирного врегулювання спору. Цієї мети можна досягти шляхом фінансових заохочень або оптимізуючи судові процедури. Побічно про це говорить і цивільний процесуальний закон, передбачаючи 50-відсоткове повернення судового збору, а також те, що врегулювання спору за участю судді припиняється за ініціативою судді у випадку затягування спору якою-небудь зі сторін.

Згідно з ч. 2 ст. 202 ЦПК України у випадку недосягнення сторонами мирного врегулювання спору за підсумками проведення врегулювання спору повторне проведення врегулювання спору за участю судді не допускається. Це положення не викликає заперечень. Заміна судді зумовлюється тим, що такий суддя вже не може бути безстороннім і неупередженим щодо сторін.

У цивільному процесуальному законодавстві встановлені певні гарантії конфіденційності процедури врегулювання спору за участю судді. Інформація, отримана якою-небудь зі сторін, а також суддею в ході проведення врегулювання спору, є конфіденційною. Це загальносвітова практика – заборона на розголошення отриманих у ході примирної процедури відомостей.

При цьому у ст. 70 ЦПК України передбачається абсолютний доказовий привілей для суддів на нерозголошення відомостей, отриманих при проведенні процедури врегулювання спору. Що стосується самих сторін, то питання забезпечення конфіденційності інформації, отриманої в ході примирної процедури за участю медіатора, вбачається не таким однозначним. Видається, що сторони можуть за погодженням між собою обмежити дію конфіденційності[13].

Згідно зі ст. 204 ЦПК України урегулювання спору за участю судді припиняється у випадку укладання сторонами мирової угоди та звернення до суду із заявою щодо її ухвалення або звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, або у випадку відмови позивача від позову, або визнання позову відповідачем. Таким чином, згідно із законом результатом процедури врегулювання спору за участю судді є мирова угода, залишення позовної заяви без розгляду, відмова позивача від позову, а також визнання позову відповідачем.

Висновки. Такими є характерні риси нової для вітчизняного цивільного судочинства процедури врегулювання спору за участю судді. Доктрина і практика правозастосування ще визначать й інші недоліки нормативної регламентації примирення сторін. Однак уже зараз можна стверджувати, що її впровадження сприяє доступності судової системи, оскільки не вимагає яких-небудь фінансових інвестицій, були б тільки бажання й час.

Відомі недоліки розглянутої моделі врегулювання спору можуть бути подолані. Щоб поєднати сьогодні охоронну і примирну функцію правосуддя, необхідно постійне творче вдосконалення самих суддів, їх навчання методикам урегулювання конфліктів, в основі яких – інтереси сторін спору. Це збагатить і без того багатий життєвий і професійний досвід суддів, допоможе їм відійти від вузькопрофесійного погляду на предмет. Водночас успішність і ефективність будь-якої моделі примирення сторін визначаються не тільки її окремими характеристиками, а й тими зовнішніми умовами, у яких ця модель застосовується: ресурсами і якістю судової системи, ставленням професійного юридичного співтовариства, ставленням до примирення кінцевих споживачів, загальною культурою вирішення спорів, правовою культурою населення, економічною ситуацією у країні й багатьма іншими факторами, які необхідно брати до уваги під час створення і впровадження системи примирних процедур у конкретній країні[14].

---

[1] Аболонин В.О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы. Москва: Инфотропик Медиа, 2014. С. 29–30.

[2] Здрок О.Н. Примирительные процедуры в цивилистическом процессе: современная теоретическая концепция. Минск: Изд-во «Бизнесофсет», 2013. С. 82–83.

[3] Носырева Е.И., Фильченко Д.Г. Основные положения концепции об институте примирения сторон в гражданском судопроизводстве (часть первая). *Вестник гражданского процесса*. 2015. № 1. С. 120–121.

[4] Горецький О.В. Процедури примирення в цивільному судочинстві: дис. … канд. юрид. наук. Київ, 2019. С. 147.

[5] Романадзе Л.Д. Врегулювання спору за участю судді та інші процесуальні новели: вплив на розвиток медіації. URL: http://mediation.ua/wp-content/uploads/2017/05/Stattya-pro-Mediatsiyu-v-proektah-protses-kodeksiv-2.pdf

[6] Носырева Е.И., Фильченко Д.Г. Основные положения концепции об институте примирения сторон в гражданском судопроизводстве (часть первая). *Вестник гражданского процесса*. 2015. № 1. С. 123.

[7] Аболонин В.О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы. Москва: Инфотропик Медиа, 2014. С. 107–109.

[8] Аболонин В.О. Закон Германии «О поддержке медиации и других форм внесудебного урегулирования конфликтов (Mediations G) (с кратким пояснением). Вестник *гражданского процесса*. 2013. № 5. С. 205.

[9] Горецький О.В. Процедури примирення в цивільному судочинстві: дис. … канд. юрид. наук. Київ, 2019. С. 150.

[10] Тимченко Г.П. Принципи цивільного та адміністративного судочинства в Україні: проблеми теорії та практики: дис. … д-ра юрид. наук. Київ, 2012. С. 195.

[11] Борисова Е.А. Российская процедура медиации: концепция развития // Вестник гражданского процесса. 2011. № 1. С. 67–68.

[12] Арабова Т.Ф. Примирительная процедура в местном суде (иностранный опыт регламентации). *Европейский гражданский процесс и исполнительное производство:* сб. материалов Международной научно-практической конференции. Казань, 2011. С. 164–166.

[13] Носырева Е.И., Фильченко Д.Г. Основные положения концепции об институте примирения сторон в гражданском судопроизводстве (часть вторая). *Вестник гражданского процесса*. 2015. № 2. С. 147–148.

[14] Аболонин В.О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы. Москва: Инфотропик Медиа, 2014. С. 127.

References:

Abolonyn, V.O. (2014). Sudebnaia medyatsyia: teoryia, praktyka, perspektyvy. Moskva: Ynfotropyk Medya. 107–109 [in Russian].

Zdrok, O.N. (2013). Prymyrytel'nye protsedury v tsyvylystycheskom protsesse: sovremennaia teoretycheskaia kontseptsyia. Mynsk: Yzd-vo «Byznesofset» [in Russian].

Nosyreva, E.Y., Fyl'chenko, D.H. (2015). Osnovnye polozhenyia kontseptsyy ob ynstytute prymyrenyia storon v hrazhdanskom sudoproyzvodstve (chast' pervaia). *Vestnyk hrazhdanskoho protsessa,* 1, 120–121 [in Russian].

Horets'kyj, O.V. (2019). Protsedury prymyrennia v tsyvil'nomu sudochynstvi: dys. … kand. iuryd. nauk. Kyiv. Romanadze L.D. (2017). Vrehuliuvannia sporu za uchastiu suddi ta inshi protsesual'ni novely: vplyv na rozvytok mediatsii [in Ukrainian].

Nosyreva, E.Y., Fyl'chenko D.H. (2015). Osnovnye polozhenyia kontseptsyy ob ynstytute prymyrenyia storon v hrazhdanskom sudoproyzvodstve (chast' pervaia). *Vestnyk hrazhdanskoho protsessa,* 1, 120–121 [in Russian].

Abolonyn, V.O. (2013). Zakon Hermanyy «O podderzhke medyatsyy y druhykh form vnesudebnoho urehulyrovanyia konflyktov (Mediations G) (s kratkym poiasnenyem). *Vestnyk hrazhdanskoho protsessa,* 5, 205 [in Russian].

Horets'kyj, O.V. (2019). Protsedury prymyrennia v tsyvil'nomu sudochynstvi: Dys. … kand. iuryd. nauk [in Ukrainian].

Tymchenko, H.P. (2012). Pryntsypy tsyvil'noho ta administratyvnoho sudochynstva v Ukraini: problemy teorii ta praktyky: dys. … d-ra iuryd. nauk. Kyiv [in Ukrainian].

Borysova, E.A. (2011). Rossyjskaia protsedura medyatsyy: kontseptsyia razvytyia. *Vestnyk hrazhdanskoho protsessa,* 1, 67–68 [in Russian].

Arabova, T.F. (2011). Prymyrytel'naia protsedura v mestnom sude (ynostrannyj opyt rehlamentatsyy) // Evropejskyj hrazhdanskyj protsess y yspolnytel'noe proyzvodstvo: Sbornyk materyalov Mezhdunarodnoj nauchno-praktycheskoj konferentsyy. Kazan [in Russian].

Резюме

Гулик А.Г. **Примирні процедури як одна з можливих форм оптимізації цивільного судочинства.**

Стаття присвячена дослідженню примирних процедур як форми оптимізації сучасного цивільного процесу. Автор доводить необхідність концептуальної розробки примирних процедур, яка поєднала б теоретичні висновки й гіпотези із практикою правозастосування, була спрямована на одержання цілісного знання про примирення сторін та їх форми, а також удосконалення цивільної процесуальної діяльності. Важливо створювати умови, за яких сторони самі будуть намагатися використовувати всі переваги мирного врегулювання спору. Цієї мети можна досягти шляхом фінансових заохочень або оптимізуючи судові процедури.

Ключові слова: примирні процедури, урегулювання спору за участю судді, медіація, мирова угода, обов'язки суду, позовне провадження.

Резюме

Гулик А.Г. **Примирительные процедуры как одна из возможных форм оптимизации гражданского судопроизводства.**

Статья посвящена исследованию примирительных процедур как формы оптимизации современного гражданского процесса. Автор доводит необходимость концептуальная разработка примирительных процедур, которая соединила бы теоретические выводы и гипотезы с практикой правоприменения, была направлена на получение целостного знания о примирении сторон и их формы, а также усовершенствовании гражданской процессуальной деятельности. Важно создавать условия, при которых стороны сами будут пытаться использовать все преимущества мирного урегулирования спора. Этой цели можно достичь путем финансовых поощрений или оптимизируя судебные процедуры.

Ключевые слова: примирительные процедуры, урегулирование спора при участии судьи, медиация, мировое соглашение, обязанности суда, исковое производство.

Summary

Andriy Gulik. **Conciliatory procedures as one of the possible forms of optimization of civil proceedings.**

The article is devoted to the study of conciliation procedures as a form of optimization of the modern civil process. The author proves that the introduction of conciliation procedures has become one of the results of the development of the modern civil process for many countries of the world. The practice of applying new civil procedural law to the settlement of a dispute involving a judge is of very importance for the national legal system.

The legislator outlined the importance of dispute resolution procedures with the participation of a judge, specifying the timing of their application between the preparatory proceedings and the merits of the case. However, the question of the place of conciliation in the judicial process has not yet been finally and unequivocally resolved in civil science. The author indicates that the court's duties are established without consideration for the parties' rights. The court's responsibilities must be considered, first and foremost, as a response to the will of the parties involved. Civil procedure law in this regard does not mention the possibility of parties involved in the case to apply to the court for conciliation.

It is argued that participants in the process should also have the right to reconciliation, to choose the kind of reconciliation procedure that would most suit their own interests. At the same time, it is important not only to provide such an opportunity, but also to indicate the time limits of its implementation.

Reflecting on a possible system of conciliation procedures, the author proceeds from the fact that it cannot be limited to the procedures of settling a dispute with the participation of a judge, although it is the only one that has received regulatory support. The subjective right of the parties to influence the course of the trial should be detailed by the choice of the court procedure that is provided. Foreign theory and practice have offered a number of time-honored procedures, some of which may go to civil litigation. Negotiations, mediation, court mediation, expert and quasi-procedures, hybrid forms of alternative dispute resolution are procedures that have significant potential within litigation. It is only necessary to give legitimacy to such procedures. Such procedures increase the possibility of finding a mutually acceptable solution to the conflict, its stability and feasibility.

Thus, there is a need for conceptual development of conciliation procedures, which would combine theoretical conclusions and hypotheses with the practice of law enforcement, aimed at obtaining a comprehensive knowledge of the reconciliation of parties and their forms, as well as improving civil procedural activities. It is important to create conditions under which the parties themselves will try to use all the advantages of an amicable settlement of the dispute. This goal can be achieved through financial incentives or streamlined litigation.

Key words: conciliation procedures, dispute settlement with the participation of a judge, mediation, amicable settlement, court duties, lawsuit.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.34

УДК 347.416

Є.О. РЯБОКОНЬ

Євген Олександрович Рябоконь, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]

ORCID: 0000-0003-1003-4039

ЗАМІНА БОРЖНИКА У ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИНАХ

Постановка проблеми. Одним із основних засобів забезпечення цивільного обороту є зобов'язання. Останнє опосередковує динаміку цивільних майнових правовідносин: набуття майна у власність або у користування, сплату грошей, виконання робіт, надання послуг, тобто націлене здебільшого на переміщення матеріальних цінностей від одних суб'єктів до інших. Будучи відносними, зобов'язальні правовідносини в процесі свого розвитку можуть зазнавати певних змін, які можуть стосуватися і заміни сторін зобов'язання – кредитора або боржника.

Актуальність розгляду питань, пов'язаних із заміною боржника у зобов'язаннях і правонаступництвом, обумовлюється як нечіткістю і недостатністю правового регулювання даних правовідносин, так і перманентно зростаючими потребами цивільного обороту, до складу якого давно і міцно увійшло поняття цивільно-правового боргу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Заміна боржника у зобов'язанні не належить до числа проблем, детально досліджених у цивілістиці. У своїй статті автор спирався на роботи В.А. Бєлова, Т.В. Боднар, В.І. Касапа, В.І. Пушая, присвячені окремим аспектам сингулярного правонаступництва у зобов'язаннях, заміні боржника або переведенню боргу.

Метою даної статті є розгляд правової природи заміни боржника у зобов'язанні, виявлення підстав, які обумовлюють таку заміну і правонаступництво, а також відмежування випадків заміни боржника від суміжних понять.

Виклад основного матеріалу. Методологічною основою заміни боржника в зобов'язанні вважається ст. 520 ЦК України, яка регламентує, що боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (пере-

© Є.О. Рябоконь, 2019

[*] ***Ievgen Riabokon,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko University of Kyiv*

ведення боргу) лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом. Ураховуючи розміщення цієї статті у розділі I «Загальні положення про зобов'язання» книги п'ятої «Зобов'язальне право», може скластися враження, що заміна боржника і переведення боргу є тотожними поняттями. Можливість такого висновку посилюється також відсутністю уніфікованої норми, яка б наводила розлогий перелік підстав заміни боржника, аналогічної ст. 512 ЦК України щодо підстав заміни кредитора у зобов'язанні. Можна припустити, що саме зазначений недолік ст. 520 ЦК України вводить в оману деяких авторів, які посилаються на ідентичність понять «заміна боржника» та «переведення боргу»[1].

Очевидно, проте, що переведення боргу є лише однією з кількох можливих підстав заміни боржника. З аналізу чинного законодавства випливає, що боржник може бути замінений і в інших випадках, зокрема, при спадкуванні (ст. ст. 1216, 1218 ЦК України), реорганізації юридичної особи (ст. ст. 106–108 ЦК України), у зв'язку з виділом частини майна, прав та обов'язків юридичної особи і переходом їх до однієї або кількох створюваних нових юридичних осіб (ст. 109 ЦК України), який нормативно не віднесений до форм реорганізації (ч. 1 ст. 104 ЦК України), при переході прав на підприємство як єдиний майновий комплекс (ст. 191 ЦК України), у результаті набуття правонаступником прав та обов'язків правопопередника за договорами (наприклад, за ч. 1 ст. 770, ст. 814 ЦК України).

Необхідність відмежування узагальнюючого поняття заміни боржника від видового поняття переведення боргу є надзвичайно важливим і для судової практики, аналіз якої свідчить про наявність випадків їх ототожнення, що може призводити до невиправданого поширення норм про договірне переведення боргу на інші випадки переходу обов'язків боржника в порядку правонаступництва. Ілюстрацією такого підходу є справа, за матеріалами якої між кредитною спілкою (кредитор) та фізичною особою (боржник) було укладено кредитний договір, забезпечений порукою. Під час дії договору боржник помер; спадщина була прийнята спадкоємцями. На момент смерті позичальника зобов'язання щодо своєчасного повернення кредитних коштів та сплати передбачених договором відсотків виконано не було. З метою захисту свої прав кредитна спілка звернулася до поручителів з позовом про стягнення заборгованості.

Відмовляючи в задоволенні позову кредитної спілки, суд першої інстанції, зокрема, виходив з відсутності підстав для стягнення заборгованості з поручителів, оскільки вони не давали згоди відповідати за зобов'язаннями нових боржників – спадкоємців. Скасовуючи рішення суду першої інстанції та ухвалюючи нове рішення про задоволення позову, суд апеляційної інстанції обґрунтував свою позицію тим, що згідно з умовами договору поруки поручителі зобов'язалися відповідати за зобов'язаннями боржника в повному обсязі, отже, є підстави для солідарного стягнення з поручителів заборгованості за кредитним договором. Не погодившись із рішенням апеляційного суду, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) скасував це рішення у частині, зазначивши, що підстав для стягнення заборгованості за кредитним договором з поручителя після смерті боржника немає, оскільки поручитель не давав згоди відповідати за нових боржників (спадкоємців померлого боржника) після смерті первісного боржника.

Верховний Суд України (далі – ВСУ), спираючись на норми ч. 3 ст. 559 ЦК України про те, що порука припиняється в разі переведення боргу на іншу особу, якщо поручитель не поручився за нового боржника, а також на ст. ст. 1216, 1218 ЦК України, за якими спадкуванням є перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців), а до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті, дійшов висновку про те, що в разі смерті боржника за кредитним договором за наявності спадкоємців відбувається заміна боржника в зобов'язанні, який несе відповідальність у межах вартості майна, одержаного у спадщину. Відповідно, «на поручителів може бути покладено обов'язок щодо належного виконання зобов'язання за кредитним договором у випадку смерті позичальника лише за наявності в позичальника правонаступника, який прийняв спадщину, та **згоди поручителя відповідати за нового боржника**, зафіксованої в тому числі й у договорі поруки **як згоди відповідати за виконання зобов'язання перед будь-яким боржником у разі переведення боргу** (виділено нами – Є. Р.) за забезпечувальним зобов'язанням». Оскільки таку згоду поручителів (згоду відповідати за нового боржника при переведенні боргу) зафіксовано в тексті договору поруки, Судова палата у цивільних справах ВСУ дійшла висновку про задоволення заяви кредитної спілки та про скасування ухвали суду касаційної інстанції із залишенням у силі рішення суду апеляційної інстанції[2].

Аналогічна правова позиція були висловлена в постановах ВСУ від 26 грудня 2011 р.[3], ухвалах ВССУ від 28 травня 2014 р.[4] та від 19 квітня 2017 р.[5]; вона ж використовується в практиці новообраного Верховного Суду (далі – ВС)[6].

Таким чином, у судовій практиці подекуди відбувається ототожнення понять заміни боржника та переведення боргу, що є невиправданим. Частина 3 ст. 559 ЦК України, підкреслюючи ознаку фідуціарності договору поруки, регламентує, що переведення боргу призводить до її припинення, якщо тільки поручитель не поручився за нового боржника. Іншими словами, існує презумпція припинення поруки у разі укладення договору про переведення боргу між попереднім боржником, зобов'язання якого забезпечене порукою, та новим боржником. Для збереження поруки необхідно, щоб поручитель дав згоду забезпечувати зобов'язання за участю нового боржника у формі відповідного попереднього застереження у договорі поруки або окремої заяви про це, зробленої пізніше – до, під час дії або після укладення договору про переведення боргу. Водночас **згода поручителя, надана на підставі ч. 3 ст. 559 ЦК України, стосується його погодження відпо-**

відати виключно за нового боржника при переведенні боргу і не розповсюджується на інші випадки заміни боржника у зобов'язанні.

Висновок щодо неможливості розглядати згоду поручителя за нового боржника при переведенні боргу як згоду відповідати в разі заміни боржника на інших підставах, у тому числі, в порядку спадкового правонаступництва, посилюється й істотною різницею в правовій природі правонаступництва, яке виникає за договором про переведення боргу та у зв'язку з відкриттям спадщини. Договір про переведення боргу має своєю метою передачу конкретного обов'язку попереднім боржником новому, тобто опосередковує відносини сингулярного (окремого) правонаступництва. Спадкування, навпаки, має на меті забезпечити перехід до спадкоємця усіх прав та обов'язків померлого учасника цивільних правовідносин, крім нерозривно пов'язаних з його особою, тому розглядається як універсальне (загальне) правонаступництво. Перехід прав та обов'язків до спадкоємця відбувається з метою заміни правопопередника правонаступником у максимально широкій сфері правовідносин, незалежно від складу спадщини та обізнаності з ним спадкоємця. З цього випливає, що позиція кредитора за зобов'язанням про те, хто із спадкоємців має замінити померлого боржника, для закону є індиферентною. Водночас при переведенні боргу до правонаступника переходить не уся сукупність майна або усі обов'язки попереднього боржника, а лише чітко визначений борг за окремим зобов'язанням. Оскільки кредитору важливо знати про платоспроможність та ділові якості нового боржника, а закон здатен забезпечити його вплив на вибір останнього, ст. 520 ЦК України дозволяє сторонам здійснити переведення боргу лише за згодою кредитора (якщо інше не передбачено законом).

Зауважимо, що поручитель не позбавлений права висловити свою згоду відповідати і за іншого правонаступника боржника, окрім того, чиє зобов'язання виникає на підставі договору про переведення боргу. Але така згода надається не за ч. 3 ст. 559, а за ст. 523 ЦК України, ч. 1 якої регламентує, що порука або застава, встановлена іншою особою, припиняється після заміни боржника, якщо поручитель або заставодавець не погодився забезпечувати виконання зобов'язання новим боржником. Остання норма може поширюватися на невичерпну кількість правовідносин, які виникають у зв'язку із заміною боржника в порядку як універсального, так і сингулярного правонаступництва, в той час як ч. 3 ст. 559 ЦК України спрямована на регулювання лише сингулярного правонаступництва, яке виникає у зв'язку з договірним переведенням боргу. Складно у зв'язку з цим погодитися з О.В. Михальнюк, яка пише, що ці норми по суті дублюють одне і те ж положення[7].

Таким чином, **переведення боргу є лише однією з можливих підстав заміни боржника, що породжує сингулярне правонаступництво. Указане не дозволяє ототожнювати родове поняття заміни боржника в зобов'язанні з видовим поняттям переведення боргу.** Оскільки основним чинником, який породив погляд щодо синонімічності понять заміни боржника та переведення боргу, є недосконала редакція ст. 520 ЦК України, у перспективному законодавстві необхідно істотно розширити підстави заміни боржника у зобов'язанні.

У юридичній літературі пропонується кілька варіантів вирішення даної проблеми. Так, Т.В. Боднар зауважує, що боржник у зобов'язанні може бути замінений внаслідок: а) правонаступництва; б) переведення боргу за згодою кредитора; в) в інших випадках, встановлених законом, зокрема, шляхом застосування процедури відновлення платоспроможності боржника шляхом санації. Відповідно, автор пропонує оновлену редакцію ст. 520 ЦК України «Заміна боржника у зобов'язанні»[8]. В.І. Пушай пропонує схожий, але дещо більш широкий перелік підстав заміни боржника у зобов'язанні: а) правонаступництво; б) переведення боргу за правочином; в) прийняття боргу; г) інші випадки, встановлені законом; ґ) рішення суду[9]. Майже ідентичний перелік наводить І.П. Смілянець: а) договір про переведення боргу; б) добровільне прийняття боргу; в) універсальне правонаступництво; г) рішення суду[10]. Перелік підстав заміни боржника, запропонований Н.Ю. Голубєвою, відрізняється від останнього лише відсутністю у ньому рішення суду[11].

Зазначимо, що не всі дослідники пропонують розширити перелік підстав заміни боржника у зобов'язанні. Так, В.М. Касап висловлює пропозицію щодо формулювання зазначеної норми у наступній редакції: «Стаття 520. Заміна боржника у зобов'язанні. 1. Боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом. 2. У випадку укладення договору про переведення боргу між кредитором та новим боржником згода первісного боржника є обов'язковою»[12]. Прийняття такої редакції ст. 520 ЦК України законодавцем означатиме не вирішення, а збереження проблеми зовнішнього поширення категорії переведення боргу на інші випадки заміни боржника у зобов'язанні.

Повертаючись до характеристики підстав заміни боржника у зобов'язанні, зауважимо, що правонаступництво, назване Т.В. Боднар та В.І. Пушаєм першою підставою заміни боржника, охоплює будь-який перехід обов'язку до нового боржника, в результаті чого первісний боржник вибуває із зобов'язання, а тому виникає і при переведенні боргу, і в інших наведених випадках. Крім того, правонаступництво виникає в результаті настання зазначених юридичних фактів (складів), а тому є наслідком, а не підставою для заміни боржника. Тому задля уникнення додаткових труднощів, пов'язаних з тлумаченням даної норми, у її тексті доцільно прямо визначити, які саме юридичні факти, що призводять до правонаступництва, обумовлюють заміну боржника у зобов'язанні. До числа таких можуть належати: спадкування, реорганізація юридичної особи шляхом злиття, приєднання, поділу та перетворення, виділ, який за законом не є видом реорганізації, договір про переведення боргу. Підставами заміни боржника (у частині переходу боргів) слід вважати переведення договору, що передбачає перехід прав та обов'язків у двосторонньому (синалагматичному) зобов'язанні; набуття

прав на підприємство як єдиний майновий комплекс, до складу якого за ч. 2 ст. 191 ЦК України можуть входити борги; зміна власника речі, що є предметом договору, у результаті чого набувач стає правонаступником сторони як у частині прав, так і в частині обов'язків (ч. 4 ст. 358, ч. 1 ст. 770 ЦК України); інші підстави, що визначають особливості правонаступництва за зобов'язаннями боржника, наприклад, припинення юридичної особи-комісіонера за договором комісії не припиняє зобов'язання, обумовлює його перехід до правонаступника за наявності останнього і якщо протягом строку, встановленого для заявлення кредиторами своїх вимог, комітент не повідомить про відмову від договору (ч. 2 ст. 1027 ЦК України).

Певні проблеми породжує віднесення до числа випадків заміни боржника у зобов'язанні **прийняття боргу**. Останнє поняття є невідомим вітчизняному законодавцеві, попри те, що він передбачає досить широке коло як законних, так і договірних підстав заміни боржника. У спеціальній літературі поняття прийняття боргу також не одержало свого глибокого дослідження. Класик радянської цивілістики І.Б. Новицький стверджував, що «… більш правильно говорити не про переведення боргу, а про прийняття особою на себе боргу іншої особи …»[13]. Серед сучасних авторів позиція щодо синонімічності зазначених понять переважно спростовується. В.А. Бєлов зазначає, що прийняття боргу за своїм значенням є більш широким поняттям, адже може означати як переведення боргу, так і інші випадки регулювання відносин, націлених на заміну боржника, – надання делегаційної обіцянки стати боржником або прийняття пропозиції про укладення договору інтерцесії[14]. В.І. Пушай уточнює, що «при прийнятті боргу наявність згоди чи заперечень боржника у більшості випадків не береться до уваги, переведення боргу без вияву волі боржника неможливе»[15].

Поділяючи наведені погляди, зазначимо, що семантичний аналіз словосполучення «прийняття боргу» вимагає звернення до тлумачення іменника «прийняття». Останній походить від дієслова «приймати», що вживається в кількох значеннях, у тому числі: «погоджуватися з чим-небудь», «брати на свою відповідальність», «погоджуватися взяти що-небудь запропоноване»[16]. Таким чином, «прийняття» завжди сконцентроване навколо волевиявлення одного суб'єкта; тому прийняття боргу є односторонньою дією суб'єкта, який погоджується стати на місце попереднього боржника. Отже, принциповою відмінністю прийняття боргу від його переведення є те, що перше ґрунтується на односторонньому правочині – дії нового (потенційного) боржника, який приймає на себе чужий борг, а друге – на юридичному складі з двох елементів: договорі між попереднім і новим боржниками та схваленні цієї домовленості кредитором первісного боржника.

Можна провести певні паралелі між прийняттям боргу та римською конструкцією інтерцесії, якою є, власне, прийняття на себе чужого боргу за згодою кредитора. Інтерцесія є узагальнюючим поняттям і включає до свого складу різноманітні правові інститути, покликані надати правове забезпечення покладення зобов'язання на іншого боржника перед третьою особою (кредитором). Деякі з цих інститутів передбачали приєднання нового боржника як солідарного або часткового до первісного, деякі – покладення на нового боржника субсидіарної відповідальності, інші, такі як еспромісія та делегація, – звільняли попереднього боржника від боргу, покладаючи його на нового, що стало підставою формування концепту правонаступництва в зобов'язаннях. При цьому вирішальну роль у процедурі інтерцесії завжди відігравала одностороння обіцянка однієї особи (боржника) прийняти на себе борг іншої особи перед її кредитором. З цих мотивів так зване «прийняття боргу» може позначати надзвичайно широкий масив різнорідних правовідносин, що можуть бути пов'язаними із заміною попереднього боржника новим та викликати правонаступництво, або бути націленими на зміни суб'єктного складу зобов'язання, що не пов'язані із заміною боржника і не тягнуть за собою виникнення правонаступництва.

Викладене підтверджується і текстами уніфікованих актів європейського договірного права. У ст. 12:101:1 Принципів європейського договірного права (PECL)[17] регламентовано, що для прийняття боргу третьою особою вимагається згода боржника та кредитора. У п'ятій главі Книги III Проєкту спільної системи підходів (DCFR)[18], яку присвячено заміні боржника та приєднанню боржника у зобов'язанні, також зазначено, що третя особа може за згодою кредитора та первісного боржника замінити боржника, у результаті чого первісний боржник припиняє участь у зобов'язанні (ст. III.-5:204). Водночас словосполучення «with the agreement» у виразах «with the agreement of the debtor and the creditor», «with the agreement of the creditor and the original debtor», які використовуються в зазначених актах, можуть бути перекладені як «за згодою», так і «за договором (угодою, домовленістю)», оскільки поняття «agreement» у значенні згоди однієї особи вживається значно рідше, ніж у значенні погодженої волі двох або кількох людей (осіб) або договору (угоди) між двома або кількома особами (сторонами)[19].

У такому випадку прийняття боргу новим боржником має розглядатися вже не як самостійна підстава заміни боржника і виникнення правонаступництва, а лише як один із елементів юридичного складу заміни боржника. Дійсно, сама по собі одностороння дія (заява, пропозиція) третьої особи про готовність узяти на себе чужий борг не створює бажаного для заявника наслідку; такий правовий ефект виникатиме лише в разі схвалення такої дії кредитором. Але і тут навряд чи варто розглядати як підстави боргового правонаступництва два односторонніх правочини (боржника і кредитора). Для суб'єктів правовідносин значно зручніше і вигідніше врегулювати зміст правовідносин у двосторонньозобов'язуючому акті – договорі. Саме договір, укладений між новим боржником і кредитором, визнається однією з підстав заміни боржника в європейському договірному праві. У договорі визначається обсяг зобов'язань, які покладатимуться на нового боржника, наприклад, сторони можуть погодитись про перехід до нового боржника обов'язку за основним зобов'язанням із припиненням забезпечувальних зобов'язань, про перехід обов'язку відшкодувати завдані збитки у половині їх розміру; під впливом договору попереднє зобов'язання може зазнавати певної «модифікації»,

наприклад, для нового боржника може встановлюватися інший строк виконання зобов'язання, більш пізній, ніж строк для первісного боржника.

Принципи УНІДРУА взагалі не регламентують прийняття боргу як окремої підстави (форми) заміни боржника і правонаступництва. У п. 9.2.1 Принципів УНІДРУА визначено два способи переведення зобов'язання з первісного на нового боржника: шляхом укладення правочину між попереднім і новим боржниками або між кредитором і новим боржником. В останньому випадку вказівки щодо обов'язковості одержання згоди первісного боржника немає. Причому в регулюванні цього питання спостерігається стабільність; редакції цього пункту в Принципах УНІДРУА 2010[20] та 2016[21] рр. є тотожними.

Винятково як частина процедури переведення боргу (укладення договору про переведення боргу) прийняття боргу розглядається й у цивільних кодифікаціях окремих держав.

Навіть розглядаючи прийняття боргу у вузькому значенні, як односторонній правочин нового боржника щодо прийняття на себе боргу іншої особи, мусимо зазначити, що практичне застосування прийняття боргу в умовах повної відсутності його законодавчого регулювання призведе до низки істотних проблем, зумовлених недостатньою визначеністю правового статусу суб'єктів даних правовідносин.

По-перше, виникає питання, чи потрібна згода первісного боржника на прийняття його боргу іншою особою. Звичайно, у випадку, коли прийняттю боргу передувала домовленість між боржниками, прийняття боргу узгоджуватиметься з інтересами первісного боржника. Проте за відсутності такої домовленості прийняття боргу іншою особою далеко не завжди може відповідати прагненням первісного боржника. Важливість особистого виконання зобов'язання боржником-контрагентом може обумовлюватися, зокрема, необхідністю збереження ділової (професійної) репутації, доцільністю завершення вже розпочатої процедури виконання, наявністю правовідносин з іншими суб'єктами, з якими було укладено супутні договори, які сприяють виконанню зобов'язання перед кредитором[22], та багатьма іншими причинами.

По-друге, неврегульованим є обсяг правового статусу боржника, який прийняв чужий борг. Така невизначеність стосується як етапу розвитку правовідношення, коли відбулося прийняття боргу, так і етапу, коли відбулося виконання зобов'язання чи покладення відповідальності за невиконання на нового боржника. Укладаючи договір про переведення боргу, новий боржник здебільшого знає про ті переваги, які він одержить від такого переведення, що можуть виражатися як в оплаті його послуг первісним боржником, так і в досягненні економічно бажаних результатів іншим шляхом (звільнення його первісним боржником від боргу перед собою за іншим зобов'язанням, надання йому знижки, переваги перед іншими контрагентами при укладенні договору тощо).

Принагідно слід зауважити, що запорукою правильної кваліфікації правовідносин між сторонами договору про переведення боргу є оцінка усіх економічних передумов договору в сукупності, не обмежуючись лише змістом договору і безпосередньою вказівкою в його тексті про обов'язок первісного боржника оплатити послуги боржника-правонаступника. Принаймні, слід відійти від судової практики, коли висновок про безоплатність договору, укладеного між учасниками господарських відносин, і, як наслідок, – про його недійсність, ґрунтується лише на відсутності у договорі обов'язку первісного боржника компенсувати послуги нового боржника і порушення у зв'язку з цим умови спрямованості договору на реальне настання правових наслідків[23].

Навпаки, здійснюючи одностороннє прийняття боргу, новий боржник діє фактично на свій страх і ризик. Невизначеність його правового статусу посилюється також незнанням того, чи погодиться кредитор на заміну боржника, і коли таку згоду буде висловлено.

З огляду на наведені особливості прийняття боргу надзвичайну об'ємність цього поняття, а також невідомість його зарубіжним законодавствам, включаючи й акти європейського договірного права, від запровадження його до вітчизняного цивільного законодавства слід утриматись.

Висновки. Дослідження підстав заміни боржника дає змогу переконати як у методологічних, так і в змістовних вадах ст. 520 ЦК України. Дана норма у чинній редакції призводить до ототожнення понять «заміна боржника у зобов'язанні» та «переведення боргу» як у літературі, так і в правозастосовній практиці. Нагальне удосконалення ст. 520 ЦК України вимагає викладення у ній саме тих юридичних фактів, які обумовлюють заміну боржника і правонаступництво. Це допомогло правильно визначити місце переведення боргу та інших обставин в системі підстав заміни боржника у зобов'язанні. На наш погляд, ст. 520 ЦК України слід викласти в такій редакції: «Стаття 520. Заміна боржника у зобов'язанні

1. Боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок:

1) спадкування;

2) злиття, приєднання, поділу, перетворення юридичної особи;

3) виділу частини майна, прав та обов'язків юридичної особи та переходу їх до однієї або кількох створюваних нових юридичних осіб;

4) укладення договору про переведення боргу між первісним і новим боржниками за згодою кредитора;

5) укладення договору про передання прав та обов'язків, які виникли за двостороннім договором, іншій особі;

6) прийняття судом рішення, яке набрало законної сили.

2. Боржник у зобов'язанні може бути замінений також в інших випадках, передбачених законом».

[1] Смілянець І.П. Заміна боржника у зобов'язанні за цивільним законодавством України: дис. … канд. юрид. наук. Одеса, 2010. 192 с. С. 65–66; Заіка Ю.О. Підстави припинення зобов'язань. *Цивільне право України: Загальна частина* / за ред. професорів І.А. Бірюкова і Ю.О. Заіки. Київ: Алерта, 2014. 510 с. Глава 27. С. 495–502. С. 497.

[2] Постанова Верховного Суду України від 03 червня 2015 р., судова справа № 6-206цс15. Офіційний веб-сайт Верховного Суду України. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5894074227A7B6DBC2257E5F001D3C7D (дата звернення: 15.04.2018).

[3] Постанова Верховного Суду України від 26 грудня 2011 р., судова справа № 6-82ц11. Офіційний веб-сайт Верховного Суду України. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/6D95E231D6207B2FC2257C92003A61D3 (дата звернення: 15.04.2018).

[4] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 28 травня 2014 р., судова справа № 6-3598св14. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/39037889 (дата звернення: 15.04.2018).

[5] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 квітня 2017 р., судова справа (№ не визначено). Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/66145791 (дата звернення: 15.04.2018).

[6] Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 10 січня 2019 р., судова справа справа № 2-490/11. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79214763 (дата звернення: 16.02.2019).

[7] Михальнюк О.В. Порука у цивільному праві: теорія та практика: монографія. Київ: КНТ, 2008. 268 с. С. 212.

[8] Боднар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2005. 272 с. С. 146–147.

[9] Пушай В.І. Уступка вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (за матеріалами судової практики): монографія. Харків: Екограф, 2010. 180 с. С. 129.

[10] Смілянець І.П. Заміна боржника у зобов'язанні за цивільним законодавством України: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Одеса, 2010. 19 с. С. 5.

[11] Голубєва Н.Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання. Одеса: Фенікс, 2013. 642 с. С. 288.

[12] Касап В.І. Заміна сторін у цивільно-правовому зобов'язанні: дис. … канд. юрид. наук. Тернопіль, 2017. 226 с. С. 184.

[13] Новицкий И.Б. Перемена лиц в обязательстве. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. Москва: Юридическая литература, 1950. Глава IV. С. 228–232. С. 228, 229.

[14] Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. Москва: ЮрИнфоР, 2007. 266 с. С. 174.

[15] Пушай В.І. Вказана праця. С 147.

[16] Великий тлумачний словник української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ, Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с. С. 1117.

[17] The Principles of European Contract Law – additional chapters of Part III – 2002. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL3en.html

[18] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll Munich: Sellier, European Law Publishers, Outline Edition, 2009. 644 p.

[19] Андрианов С.Н., Берсон А.С., Никифоров А.С. Англо-русский юридический словарь. Москва: Рус. яз. при участии ТОО «Рея», 1993. 509 с. С. 33–34; Nolo's Free Dictionary of Law Terms and Legal Definitions. URL: https://www.nolo.com/dictionary/agreement-term.html; Real Life Dictionary of the Law. URL: http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2376

[20] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер.: А.С. Комаров, Междунар. ин-т унификации частного права (УНИДРУА). Москва: Статут, 2013. 832 с. – Пер. с англ. URL: https://rucont.ru/file.ashx?guid=95cb1940-e54e-404d-9c47-c5703bbaf5a0

[21] UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. 2016 Edition. Rome: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2016. 460 p.

[22] Касап В.І. Заміна сторін у цивільно-правовому зобов'язанні: дис. … канд. юрид. наук. Тернопіль, 2017. 226 с. С. 164–165.

[23] Постанова Одеського апеляційного господарського суду від 10 травня 2012 р., судова справа № 13-23-27/72-08-2992. Єдиний державний реєстр судових рішень України: офіційний веб-сайт. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/24056450 (дата звернення: 23.12.2019).

References:

Smilianets', I.P. (2010). Zamina borzhnyka u zobov'iazanni za tsyvil'nym zakonodavstvom Ukrainy: dys. … kand. iuryd. nauk. Odesa [in Ukrainian].

Zaika, Yu.O. (2014). Pidstavy prypynennia zobov'iazan'. *Tsyvil'ne pravo Ukrainy: Zahal'na chastyna* / Za red. profesoriv I.A. Biriukova i Yu.O. Zaiky. Kyiv: Alerta [in Ukrainian].

Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 03 chervnia 2015 r., sudova sprava № 6-206tss15. *Ofitsijnyj veb-sajt Verkhovnoho Sudu Ukrainy.* URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5894074227A7B6DBC2257E5F001D3C7D [in Ukrainian].

Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 26 hrudnia 2011 r., sudova sprava № 6-82ts11. Ofitsijnyj veb-sajt Verkhovnoho Sudu Ukrainy. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/6D95E231D6207B2FC2257C92003A61D3 [in Ukrainian].

Ukhvala Vyschoho spetsializovanoho sudu Ukrainy z rozghliadu tsyvil'nykh i kryminal'nykh sprav vid 28 travnia 2014 r., sudova sprava № 6-3598sv14. Yedynyj derzhavnyj reiestr sudovykh rishen' Ukrainy: ofitsijnyj veb-sajt. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/39037889[in Ukrainian].

Ukhvala Vyschoho spetsializovanoho sudu Ukrainy z rozghliadu tsyvil'nykh i kryminal'nykh sprav vid 19 kvitnia 2017 r., sudova sprava № ne vyznacheno. Yedynyj derzhavnyj reiestr sudovykh rishen' Ukrainy: ofitsijnyj veb-sajt. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/66145791 [in Ukrainian].

Postanova Kasatsijnoho tsyvil'noho sudu Verkhovnoho Sudu vid 10 sichnia 2019 r., sudova sprava sprava № 2-490/11. Yedynyj derzhavnyj reiestr sudovykh rishen' Ukrainy: ofitsijnyj veb-sajt. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79214763 [in Ukrainian].

Mykhal'niuk, O.V. (2008). Poruka u tsyvil'nomu pravi: teoriia ta praktyka: monohrafiia. Kyiv: KNT [in Ukrainian].

Bodnar, T.V. (2005). Vykonannia dohovirnykh zobov'iazan' u tsyvil'nomu pravi: Monohrafiia. Kyiv.: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

Pushaj, V.I. (2010). Ustupka vymohy i perevedennia borhu v tsyvil'nykh pravovidnosynakh (za materialamy sudovoi praktyky): monohrafiia. Kharkiv: Ekohraf [in Ukrainian].

Holubieva, N.Yu. (2013). Zobov'iazannia u tsyvil'nomu pravi Ukrainy: metodolohichni zasady pravovoho rehuliuvannia. Odesa: Feniks [in Ukrainian].

Kasap, V.I. (2017). Zamina storin u tsyvil'no-pravovomu zobov'iazanni: dys. … kand. iuryd. nauk. Ternopil' [in Ukrainian].

Novytskyj, Y.B. (1950). Peremena lyts v obiazatel'stve. Novytskyj Y.B., Lunts L.A. Obschee uchenye ob obiazatel'stve. Moskva: Yurydycheskaia lyteratura [in Russian].

Belov, V.A. (2007). Synhuliarnoe pravopreemstvo v obiazatel'stve. Moskva: YurYnfoR [in Russian].

Busel, V.T. (uklad. i holov. red.). (2005). Velykyj tlumachnyj slovnyk ukrains'koi movy (z dod. i dopov.). Kyiv, Irpin': VTF «Perun» [in Ukrainian].

The Principles of European Contract Law – additional chapters of Part III – 2002. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL3en.html [in English].

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll Munich: Sellier, European Law Publishers, Outline Edition, 2009. 644 [in English].

Andryanov, S.N., Berson, A.S., Nykyforov, A.S. (1993). Anhlo-russkyj iurydycheskyj slovar'. Moskva: Rus. iaz. pry uchastyy TOO «Reia» [in Russian].

Nolo's Free Dictionary of Law Terms and Legal Definitions. URL: https://www.nolo.com/dictionary/agreement-term.html [in English].

Real Life Dictionary of the Law. URL: http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2376 [in English].

Pryntsypy mezhdunarodnykh kommercheskykh dohovorov UNYDRUA 2010 / Per.: A.S. Komarov, Mezhdunar. yn-t unyfykatsyy chastnoho prava (UNYDRUA). Moskva: Statut, 2013. 832 s. – Per. s anhl.; Pryl. na anhl., fr., ytal., nem. iaz. URL: https://rutsont.ru/file.ashkh?guid=95tsb1940-e54e-404d-9ts47-ts5703bbaf5a0 [in Russian].

UNIDROIT Printsiples of International Tsommertsial Tsontratsts. 2016 Edition. Rome: International Institute for the Unifitsation of Private Lav (UNIDROIT) (2016) [in Ukrainian].

Postanova Odes'koho apeliatsijnoho hospodars'koho sudu vid 10 travnia 2012 r., sudova sprava № 13-23-27/72-08-2992. Yedynyj derzhavnyj reiestr sudovykh rishen' Ukrainy: ofitsijnyj veb-sajt. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/24056450 [in Ukrainian].

Резюме

Рябоконь Є.О. **Заміна боржника у зобов'язальних правовідносинах.**

Автором приділено увагу питанням динаміки зобов'язальних правовідносин, яка передбачає можливість заміни їх учасників. Зазначено, що зміст чинного цивільного законодавства України створює підстави для ототожнення понять «заміна боржника у зобов'язанні» та «переведення боргу», що є неприпустимим.

Автором проводиться розмежування між цими поняттями, стверджується, що переведення боргу є лише однією з підстав заміни боржника у зобов'язанні.

Висловлено критичне ставлення щодо доцільності запровадження до цивільного законодавства такої підстави заміни боржника, як прийняття боргу. Стверджується, що під прийняттям боргу може розумітися надзвичайно широкий масив різнорідних правовідносин, що можуть бути пов'язаними із заміною попереднього боржника новим та викликати правонаступництво, або бути націленими на зміни суб'єктного складу зобов'язання, що не пов'язані із заміною боржника і не тягнуть за собою виникнення правонаступництва.

Звертається увага на особливостях судової практики у сфері застосування законодавства про заміну боржника у зобов'язаннях.

Ключові слова: переведення боргу, перехід зобов'язання, пасивна сторона у зобов'язанні, сингулярне правонаступництво, рішення суду.

Резюме

Рябоконь Е.А. **Замена должника в обязательственных правоотношениях.**

Автор обращает внимание на вопросы динамики обязательственных правоотношений, предусматривающие возможность замены их участников. Отмечается, что содержание действующего гражданского законодательства Украины создает основания для отождествления понятий «замена должника в обязательстве» и «перевод долга», что является недопустимым. Автором проводится разграничение между этими понятиями, утверждается, что перевод долга является лишь одним из оснований замены должника в обязательстве.

Высказано критическое отношение по поводу целесообразности внедрения в гражданское законодательство такого основания замены должника, как принятие долга. Утверждается, что под принятием долга можно понимать чрезвычайно широкий массив разнородных правоотношений, которые могут быть связаны с заменой предыдущего должника новым и вызывать правопреемство, или быть нацеленными на изменения субъектного состава, не связанных с заменой должника и не влекущих за собой возникновения правопреемства.

Обращается внимание на особенности судебной практики в сфере применения законодательства о замене должника в обязательствах.

Ключевые слова: перевод долга, переход обязательства, пассивная сторона в обязательстве, сингулярное правопреемство, решение суда.

Summary

Ievgen Riabokon. **Substitution of debtor in obligatory legal relationships.**

The author pays attention to the issues of the dynamics of obligatory relationships, providing the possibility of their participants' substitutions. It is noted that the content of the current civil legislation of Ukraine creates grounds for identifying the notions of "substitution of the debtor in the obligation" and "transfer of debt", which is unacceptable. The author draws a distinction between these notions, alleges that the transfer of debt is only one of the reasons for the substitution of the debtor in the obligation.

Due to the fact that a basic factor that resulted a perception of the synonymy of the notions "replacement of debtor" and "translation of debt" is an imperfect formulation of Art. 520 of Civil Code of Ukraine, in a perspective legislation it is necessary substantially to extend the grounds of replacement of debtor in an obligation.

It is expedient to define in text of this norm, which one legal facts, that entail legal succession, also result in replacement of debtor in an obligation. These facts may include: inheritance, reorganization of legal entity by confluence, joining, division and transformation, allotment that is not the type of reorganization by the law, agreement on transfer of debt.

The grounds for replacing the debtor (in part of transferring debts) should be considered a transfer of contract providing for the transfer of rights and obligations in a mutual obligation; acquisition of rights of the enterprise as a single property complex, which may include debts under part 2 of Art. 191 Civil Code of Ukraine; changing the owner of the thing that is the subject of the contract, as a result of which the acquirer becomes the assignee of the party both in terms of rights and duties (part 4 of article 358, part 1 of article 770 of the Civil Code of Ukraine); other grounds defining features of the succession of obligations.

A critical attitude was expressed regarding the expediency of introducing into civil law such a ground for replacing a debtor as accepting a debt. It is argued that acceptance of a debt can be understood as an extremely wide area of different legal relationships, that could be associated with substituting the previous debtor with a new one and causing succession, or aiming at changes in the subjects, not connected with the substituting of the debtor and not causing the emergence of the succession. Attention is paid to the peculiarities of judicial practice in the field of application of the legislation on the substitution of a debtor in obligations.

Key words: debt transfer, transfer of obligation, passive subject obligation, singular succession, court decision.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.35

УДК 34.01

Р.Б. САБОДАШ

Роман Богданович Сабодаш, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]

ORCID: 0000-0001-5707-1107

ВПЛИВ ПУБЛІКАЦІЇ СУДОВИХ РІШЕНЬ НА СТАНОВЛЕННЯ «ПЕРЕКОНЛИВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ»

Постановка проблеми. В науковій літературі наводиться думка про те, що ідеологія «прецеденту» є результатом політичного лібералізму, який спрямований на захист прав особи проти держави та інших осіб, а також правового позитивізму, що заснований на ідеях англійської школи аналітичної юриспруденції Джона Остіна (John Austin), німецької школи Begriffsjurisprudenz та французької École exégètique[1].

Разом із тим виникнення і формування прецеденту пов'язується також і з цитуванням (описом, конспектуванням) судових рішень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню прецеденту в праві присвячували свої роботи чимало науковців, зокрема С.К. Загайнова, А.Б. Дорохова, Б.В. Малишев, П.А. Гук, О.М. Коростєльнікова, Л.Г. Матвєєва, Д.Ю. Хорошковська, Т.М. Анакіна, С.В. Сіпулін, С.В. Шевчук, В.П. Кононенко, К. Басовська, Н.Д. Слотвінська та багато інших.

Водночас фактору публікування судових рішень так і не було надано належної оцінки в зазначених дослідженнях. Найбільше уваги цьому питанню було присвячено в роботі Дюксбері[2], яка стосуються переважно становлення прецеденту в англійському праві.

Постановка завдання. Отже, метою цієї статті є з'ясування ступеня впливу оприлюднення судових рішень на становлення прецеденту як джерела права.

Виклад основного матеріалу. В історії англійського права виділяють чотири періоди цитувань судових рішень: 1) 1272–1537 рр. – час Щорічників; 2) 1537–1765 рр. характеризуються цитуванням описів судових справ Пловдена і Коук (Plowden and Coke); 3) період авторизованих описувачів справ; 4) сучасний період з 1865 року. Потрібно зазначити, що немає жодних доказів існування прецеденту в Англо-Саксонську епоху. Так звані кодекси цього періоду були збірками судових вердиктів. Після завоювання Вільгельмом I продовжували діяти закони Едуарда Сповідника з певними доповненнями. Натомість правові джерела Нормандського періоду, такі як the Domesday Book, the Pipe Rolls, записки Curia Regis та інші, свідчать про певне

© Р.Б. Сабодаш, 2019

[*] ***Roman Sabodash,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

зародження прецеденту. *Glanvil's treatise*, написані у 1187 р., засновані на збірнику доповідей *Bracton's Treatise*, що містять приблизно 1250 цитувань, заснованих на 500 справах (хоч його нотатки містять ~2000 і тільки незначна частина з них була процитована). Водночас необхідно зазначити, що сам Брактон не визначав ту чи іншу справу прецедентом і не стверджував, що їх необхідно такими вважати, однак він підкреслював важливість судових рішень і перший запропонував вважати їх джерелом права. Те, що судові прецеденти набирають силу, відзначили у *Doctor and Student* (1540 р.), де можна зустріти фразу про те, що всі справи, які є подібними до інших справ, мають бути вирішені за тим самим правом, що й попередні справи[3].

У 1617 р. Ф. Бакон як лорд-зберігач печатки спробував започаткувати підготовку оглядів найважливіших справ з метою визначення мотивів ухвалення судових рішень. Проте його ідея вимагала співпраці з адвокатами, які виступили проти. Якісних звітів про судові рішення довелось очікувати до середини XVIII ст., коли Лорд Масфілерд як лорд – голова суддів Англії почав не тільки відхиляти неякісні звіти, а й притягати до відповідальності тих, хто їх готував.

З кінця XVIII ст. – протягом XIX ст. доктрина stare dicisis переходить від практичного застосування до обґрунтування її теоретичного значення для загального права та посилення ролі прецеденту[4].

При цьому заяви членів Палати Лордів та їх рішення свідчать про боротьбу всередині Палати Лордів при вирішенні цього питання. Так, у 1801 р. Лорд Елдон заявив, що Палата Лордів не пов'язана своїми попередніми рішеннями[5].

У 1852 р. лорд Леонардз звернувся до Палати Лордів з наступними словами: «Ніяка правова норма, сформована Вами, не пов'язує Вас, якщо у подальшому знайдуться підстави, щоб відмовитися від неї, іншими словами, Палата Лордів, як і будь-який інший суд, володіє невід'ємним правом виправлення допущених нею помилок» (справа *Bright v. Hutton*).

У листопаді 1860 р. на засіданні Юридичного Співтовариства Уолкер Маршалл виступає з доповіддю «Чи повинні суди звертатись або будь-яким іншим чином бути пов'язаними своїми попередніми рішеннями?». Так, він зазначає, що суди апеляційної інстанції повинні бути пов'язані своїми попередніми рішеннями. Натомість щодо Палати Лордів він не вбачав необхідності такого застосування, оскільки у такому разі їх рішення стали б незмінними у спосіб інший, ніж внесення змін законом. За Маршаллом суди нижчих інстанцій зобов'язані дотримуватись прецеденту навіть у випадку, коли вважають його помилковим, натомість суди вищих інстанцій повинні мати можливість змінити прецедент або відійти від нього у разі помилковості останнього. Тим не менше, за Маршаллом суди не створювали право[6].

Остаточне утвердження принципу відбулось із ухваленням рішення у справі *London Tramways v. London Country Council* (1898 р.). У цій справі вирішувався спір про суму компенсації компанії, управління якою перейшло до Лондонської муніципальної ради. Принцип розрахунку подібних відшкодувань був встановлений на чотири роки раніше при розгляді апеляції на аналогічне рішення шотландського суду і застосований після цього при розгляді апеляції на рішення англійського суду (*London Street Tramways v. London Country Council* (1894 р.)). При розгляді справи *London Tramways v. London Country Council* (1898 р.) Лорд Хелсбері зазначив: «… чи можна порівнювати випадкові порушення якоїсь абстрактної справедливості з незручністю, жахливою за своїми наслідками, яка станеться, якщо кожне питання потрібно буде кожного разу піддавати обговоренню і ставити правовідносини у стан невизначеності через відсутність одноманітності рішень, так щоб не було можливості розглянути апеляцію остаточно. Interes rei publicae (публічні інтереси) вимагають, щоб колись настав finis litium (кінець спору), а цього ніколи не відбудеться, якщо у кожній справі існуватиме можливість наполягати на повторному розгляді на тій лиш підставі, що це не звична справа, щоб це твердження не означало»[7].

Проте відповідно до заяви з питань практики, зробленої лордом-канцлером у 1966 р., Палата Лордів і надалі буде вважати свої попередні рішення обов'язковими для себе, однак вона вправі змінити практику, відступивши від попередніх рішень, коли це необхідно. Власне, у заяві зазначається наступне: «…Тим не менш Їх Світлості визнають, що надто жорстка прихильність до прецеденту може призвести до несправедливості в конкретному випадку і до невиправданих обмежень в розвитку права. Вони вважають, що є необхідність змінити існуючу практику і вважати попередню практику Палати Лордів, в принципі, обов'язковою, але такою, від якої можна відступити у разі необхідності. У цьому зв'язку вони будуть враховувати небезпеку ретроспективного порушення укладених договорів, актів розпорядження майном і фінансових взаємовідносин і необхідність стабільності кримінального права. Ця заява не стосується застосування прецедентів іншими судами, крім Палати Лордів»[8].

З моменту оголошення заяви з питань практики Палата Лордів усього кілька разів відступала від своєї прецедентної практики, що, тим не менше, може свідчити про певне послаблення ролі прецеденту в цій країні. І однією з причин ухвалення такого рішення стала невідповідність практики, що пов'язувала суд, викликам сьогодення.

Таким чином, можна стверджувати, що хоч публікація судових рішень не була основним чинником формування теорії прецеденту, проте, без сумніву, була однією з причин поширеності прецеденту. Якість оглядів судових рішень зростала паралельно із посиленням прецеденту. Це призводило до того, що судді, читаючи огляди судової практики, сприймали таку позицію та вважали, що їм у більшості випадків немає потреби відхилятись від обґрунтовано сформованої позиції іншого судді. Досягнення статусу прецеденту не було б можливим без якісного огляду судової практики.

У країнах континентального права також спостерігається посилення значення прецеденту, і передусім це відбувається у країнах, де здійснюється публікація судових рішень, або ж там, де судові рішення доступні у електронних базах даних.

Так, у Німеччині здійснюється публікація судових рішень Конституційного Суду в офіційних виданнях, а публікація судових рішень вищих судів відбувається в офіційних випусках, що редагуються суддями. Рішення судів також публікуються і в академічних журналах.

Потрібно зазначити, що німецькі суди у своїй переважній практиці посилаються на рішення вищих судів, не надаючи при цьому аналізу їх змісту. Зазначається, що знайти рішення без цитування практики майже неможливо. При цьому варто зазначити, що у разі, коли справа може бути вирішена відповідно до закону, то прецедент не гратиме жодної ролі, однак якщо правовідносини не регулюються законом, а законодавчий акт потребуватиме інтерпретації, то прецедент набуває у такому разі важливого значення. У справах інтерпретаційного прецеденту така судова практика відіграє значно більшу роль, ніж академічні праці (доктрина) та професійні коментарі. Зокрема, у одному із рішень Федерального Суду Справедливості підкреслюється, що «… зміна обставин може бути зумовлена технічною, соціальною, економічною або (як у цьому випадку) правовою природою, і це може призводити до ослаблення сили законів, оскільки залишається невизначеним, яке б регулювання обрав законодавець за таких обставин … відтак, дуже обережна і у повній відповідності з правовими цінностями допомога у судовому вдосконаленні законів є законним завданням судів» (BGHZ 85, 64 (67 f))[9].

В Італії судді аналізують усі рішення, ухвалені судом, і роблять з них витяги (не більше п'яти-десяти речень), відомі як ***massima***. У правовій системі Італії прецеденти не входять до списку «джерел права», хоча іноді вони визначаються як фактичні джерела. Тому застосування прецеденту не визнається обов'язковим. Відтак, кожен прецедент є де-факто переконливим аргументом, який не має жодних формальних зобов'язань. Проте рішення, у яких не дотримуються прецедентів, зазвичай критикуються, особливо якщо вони навіть не розглядають попередню практику. Звісно, суд може вирішити не слідувати прецеденту, але в такому випадку він, як очікується, мотивуватиме це та висуватиме аргументи, що підтверджують причину відхилення прецеденту. Суд повинен надати «добрі та надійні» аргументи, що підтверджують причину відхилення від прецеденту. Якщо суд нижчої інстанції не дотримується відповідного прецеденту вищого суду, його рішення може бути змінено на підставі відповідного прецеденту[10].

У Норвегії Національною асоціацією адвокатів на комерційній основі забезпечується публікація у виданні Norsk Retstidende усіх рішень Верховного Суду у комерційних спорах, у загальних цивільних спорах та дві третини рішень у кримінальних справах. Національною асоціацією адвокатів Норвегії також забезпечується публікація судових рішень і інших судових інстанцій у спеціалізованому виданні Rettens Gang. Коли справа слухається у Верховному Суді, то від адвокатів очікується, що вони повинні знати і навести всі відповідні справи цього суду. Під час розгляду справи у судах нижчих інстанцій адвокати обмежуються цитуванням найважливіших випадків, і їм не потрібно проводити незалежне дослідження у звітах про права. Приймаючи свої власні рішення, Верховний Суд розглядає свою практику як таку, що має бути взятою до уваги, однак не такою, що однозначно впливає на вирішення справи. Верховний Суд зрідка цитує рішення нижчих судів, а коли вчиняє так, то здійснює це з метою ілюстрації. Натомість суди нижчої інстанції враховують практику Верховного Суду як таку, що визначає результат розгляду справи[11].

У Франції, хоча більшість рішень вищих судів і публікується в офіційному бюлетені, однак відповідно до ст. 5 Цивільного кодексу Франції суддям забороняється вирішувати справи, що знаходяться у їх провадженні, шляхом встановлення загально-нормативних норм. Проте, не зважаючи на відсутність обов'язкової сили прецедентів, у деяких рішеннях використовується фраза «вже визнано, що … ». Це можна пояснити через розроблене у французькому праві вчення, яке розрізняє авторитет res judicata та авторитет res interpretata. Згідно з цією точкою зору система кодифікованого закону має два різних типи прецедентів, які можна назвати «прецедентом рішення» та «прецедентом тлумачення». Це пояснює, чому суди ніколи не обговорюють факти попередніх рішень та чому вони, як правило, вказують не на самі прецеденти[12].

В Україні після запровадження Єдиного державного реєстру судових рішень спостерігається тенденція до постійного аналізу та застосування судової практики. Практикуючі адвокати та юристи, готуючись до судової справи чи до надання будь-якої консультації з питань права, надання професійної правничої допомоги, аналізують судову практику.

Суди загальної юрисдикції послуговуються практикою вищих судів та Верховного Суду для формування власної практики. Так, у судових рішеннях можна зустріти формулювання «аналогічних висновків дійшов Верховний Суд», «такої ж позиції дотримується Верховний Суд», «Верховний Суд зазначив», «Верховний Суд в аналогічних справах дійшов подібного висновку».

Водночас значно поширенішими є випадки простого копіювання суддями та адвокатами мотивів ухвалення судових рішень і процесуальних документів без посилання на судове рішення, яке було взято за взірець.

Такий підхід не можна визнати обґрунтованим, оскільки і у першому, і другому випадку не спостерігається застосування судових рішень як прецеденту. Судді та адвокати не порівнюють взяті ними за взірець справи, нерідко допускаючи «технічне копіювання» текстів із судових рішень. На жаль, це призводить до помилкових висновків щодо конкретних обставин справи. Сучасна правозастосовна практика тільки формує правила використання судових рішень у подібних справах.

Натомість Конституційний Суд України у своїх рішеннях не лише цитує свої попередні рішення, а й аналізує, наскільки рішення у інших справах можуть бути застосовні до справи, яку суд розглядає.

Проте безсумнівним є той факт, що саме публікація судових рішень приводить до їх швидкого поширення у професійній спільноті як «переконливого прецеденту». І якщо раніше (до введення в дію Єдиного державного реєстру судових рішень) цитування практики було поодиноким, то після початку її розповсюдження через загальнодоступні реєстри характер її застосування набуває масовості. Додатковим чинником, що опосередковано підтверджує популярність використання судової практики, є поява професійних систем, які спрощують роботу з судовими реєстрами та допомагають здійснювати пошук у реєстрі не тільки за контекстом, а й за сукупністю конкретних норм права.

Висновки. Відтак, можна стверджувати, що публікація судових рішень вищих судових органів є одним із факторів, що сприяв утвердженню прецеденту в країнах загального права (і, зрештою, став причиною його послаблення). Також опублікування судових рішень створило умови для формування переконливого прецеденту у країнах романо-германської правової сім'ї (насамперед у галузі приватного права). При цьому формування «переконливого прецеденту» в країнах, де судові рішення публікуються в загальнодоступних судових реєстрах, відбувається значно швидше, ніж це відбувалось в країнах загального права. Звісно, і структура, і значення прецеденту в країнах загального права та країнах цивільного права є різною, проте не можна відкидати фактор публікації судових рішень як один із чинників утвердження прецеденту.

---

[1] Siltala R. A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Hart Publishing, 2000. P. 3.

[2] Duxbury N. The nature and authority of precedent. Cambridge University Press, 2008. P. 31–34.

[3] Hanna J. The Role of Precedent in Judicial Decision // Vill. L. Rev. 1957. T. 2. P. 373–375.

[4] Fon V., Parisi F. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics.* 2006. T. 26. № 4. P. 524.

[5] Duxbury N. The nature and authority of precedent. Cambridge University Press, 2008. P. 42.

[6] Там само. С. 40–42.

[7] Там само. С. 42.

[8] Кросс Руперт. Прецедент в английском праве. 1985. С. 27.

[9] Alexy R., Dreier R. Precedent in the Federal Republic of Germany // En Interpreting Precedents. A comparative Study, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney: Ashgate/Dartmouth. 1997. P. 48–54.

[10] MacCormick D.N., Summers R.S., Goodhart A.L. Interpreting precedents: a comparative study. Routledge, 2016. P. 141–188.

[11] Там само. С. 188–206.

[12] Там само. С. 103–141.

References:

Siltala, Raimo. (2000). A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law: Hart Publishing [in English].

Duxbury, Neil. (2008). The nature and authority of precedent: Cambridge University Press [in English].

Hanna, John. (1957). The Role of Precedent in Judicial Decision. Vill. L. Rev., 2, 367 [in English].

Fon, Vincy, & Parisi, Francesco. (2006). Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics,* 26(4), 519–535 [in English].

Rupert, Kross. (1985). Pretsedent v anhlyiskom prave. K. Rupert [in Ruusian]

Alexy, Robert, & Dreier, Ralf. (1997). Precedent in the Federal Republic of Germany. en Interpreting Precedents. A comparative Study, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney: Ashgate/Dartmouth [in English].

MacCormick, D Neil, Summers, Robert S., & Goodhart, Arthur L. (2016). Interpreting precedents: a comparative study: Routledge [in English].

Резюме

Сабодаш Р.Б. **Вплив публікацій судових рішень на становлення «переконливого прецеденту».**

У статті досліджується історія становлення прецеденту у країнах загального права, зокрема, через опублікування судових рішень. Автор також вивчає вплив публікацій судових рішень в Німеччині, Італії, Норвегії, Франції та Україні. За результатами дослідження автор робить висновок, що публікація судових рішень вищих судових органів є одним із факторів, що сприяв утвердженню прецеденту в країнах загального права (і, зрештою, став причиною його послаблення). Також опублікування судових рішень створило умови для формування переконливого прецеденту у країнах романо-германської правової сім'ї.

Ключові слова: судова практика, джерело права, доступність судових рішень.

Резюме

Сабодаш Р.Б. **Влияние публикации судебных решений на формирование «убедительного прецедента».**

В статье исследуется история становления прецедента в странах общего права, в частности, в связи с публикацией судебных решений. Автор также изучает влияние публикаций судебных решений в Германии, Италии, Норвегии, Франции и Украине. Публикация судебных решений высших судебных органов является одним из факторов, который способствовал утверждению прецедента в странах общего права (и, в конце концов, стал причиной его ослабления). Также опубликование судебных решений создало условия для формирования убедительного прецедента в странах романо-германской правовой семьи.

Ключевые слова: судебная практика, источник права, доступность судебный решений, страны общего права.

Summary

***Roman Sabodash*. The publication of judicial decisions as a reason for convincing precedent.**

The paper shows how the publication of court decisions influenced the formation of a precedent. The author reviewed scientific works devoted to research the precedent in common and continental law. The research explains that the formation of precedent in England was accompanied by development of the judgment's reviews and their prevalence among lawyers. Of course, publication of court decisions was not a major factor in setting a precedent, but it played a significant role in this. The paper also describes facts of the publication of court decisions in Italy, Germany, France and the Netherlands, as well as the admissibility of their citations at the court of cassation. The general idea of the paper is that convincing precedent exists and is used although the countries of continental law do not have a «classic» precedent. The paper gives a review of the importance of the state register of court decisions for setting a convincing precedent in Ukraine. The author analyzes the pros and cons of citing court decisions. It's stated that, unfortunately, the quotations of court decisions is not always correct and sometimes amounts to rewriting the «right» legal position without comparing the circumstances of the case. The article concludes that the practice of applying a convincing precedent in Ukraine is only emerging and needs further improvement.

It has been found out that the publication of judgments of supreme courts is one of the factors that helped to establish precedent in common law countries. The publication of court rulings also created the conditions for a convincing precedent in civil law countries (especially in private law). At the same time, the formation of a "convincing precedent» in countries where court decisions are published in publicly available electronic court registers is much faster than in common law countries. Of course, the structure and the significance of the precedent in the common law and civil law countries are different, but one cannot dismiss that publication of court decisions as one of the factors for establishing the precedent.

Key words: court decisions, civil law countries, sours of law, judgments, citations.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.36

УДК 347.952: 341.945:983

Є.Є. ФУРСА

Євген Євгенович Фурса, *кандидат юридичних наук, Генеральне консульство України у м. Дюсельдорф*[*]

ORCID: 0000-0002-2931-1393

ПОДАЛЬША РЕФОРМА ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ТА ІНОЗЕМНИЙ ЕЛЕМЕНТ

Постановка проблеми. Після першого етапу реформування виконавчого провадження, зокрема запровадження у 2016 р. інституту приватних виконавців[1], нині здійснюється подальша його реформа. І це цілком вимушена реакція влади на проблеми з примусовим виконанням рішень судів та інших органів (посадових осіб). У зв'язку із запровадженням інституту приватних виконавців відбулися деякі позитивні зрушення у виконавчому провадженні, але вони все одно не відповідають потребам і очікуванням українського суспільства, наприклад тим, що стосуються виконання рішень Європейського суду з прав людини, оскільки такі рішення виконують лише державні виконавці (п. 5 ч. 2 ст. 5 Закону України «Про виконавче провадження»)[2]. Більше того, сучасне виконавче провадження в Україні певною мірою не відповідає стандартам, які пред'являються до виконавчого провадження у переважній більшості країн Європи[3], а це вже є загрозою взятого нашою державою курсу на євроінтеграцію. Тому автор вважає, що сучасна модель виконавчих процесуальних правовідносин має бути істотно трансформована в новому Законі України «Про виконавче провадження». Але після ознайомлення зі змістом проєкту Закону України «Про виконавче провадження»[4], де пропонується об'єднати згаданий Закон та Закон України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», склалось враження, що в ньому занадто мало уваги приділено як міжнародним стандартам, так і іноземному елементу, про що автор уже зазначав у своїх публікаціях[5].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Не варто намагатися докладно аналізувати концепції міжнародного права з питань виконавчого процесу, оскільки вони тільки формуються провідними вченими з різних країн. Але звернемо увагу на той аспект, що деякі з них вже набирають популярності і позитивно характеризуються російськими науковцями[6,7,8]. Тут мається на увазі представлений на 22-му Всесвітньому конгресі Міжнародного союзу судових виконавців Глобальний кодекс примусового виконання (далі – Кодекс). Окремі українські науковці його також аналізують, але без зайвої ейфорії і вже конструктивно-критично[9]. Остання позиція автору більше імпонує, оскільки наведені висновки і пропозиції щодо виконавчого процесу з іноземним елементом, зокрема й здійснений М.М. Мальським. аналіз Глобального кодексу примусового виконання, виглядають виважено і обґрунтовано, вносять ясність у сприйняття позитивних і негативних рис міжнародних принципів виконавчого провадження.

© Є.Є. Фурса, 2019

[*] ***Yevgen Fursa,*** *Ph.D. in Law, Consulate General of Ukraine in Düsseldorf*

Формулювання мети статті. Аналіз чинного Закону України «Про виконавче провадження» у його новій редакції від 2 червня 2016 р. свідчить про те, що нині необхідно привернути увагу законотворців до проблем з примусовим виконанням рішень з іноземним елементом та науковців до вироблення єдиних підходів до міжнародних стандартів виконавчого провадження в Україні, про які йшлося у Звіті стосовно візиту до України з метою проведення двосторонніх консультацій щодо вдосконалення виконавчого провадження (на виконання рішень Європейського суду з прав людини у справах «Юрій Миколайович Іванов проти України» і «Бурмич та інші проти України»). Так, у п. 2.2. Стандартів та рекомендацій Ради Європи щодо виконавчого провадження йшлося про те, що 9 вересня 2003 р. Комітет Міністрів Ради Європи ухвалив дві рекомендації щодо примусового виконання: 1). Рекомендацію Rec(2003)16 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо виконання рішень адміністративних і судових органів у галузі адміністративного права; 2) Рекомендацію Rec(2003)17 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання. Європейська комісія з питань ефективності правосуддя (ЄКЕП) ухвалила 17 грудня 2009 р. Керівні принципи для кращого виконання наявної Рекомендації Ради Європи про виконання судових рішень. Пізніше, на своєму 26-му пленарному засіданні, що проходило 10–11 грудня 2015 р., ЄКЕП також затвердила Керівництво з кращої практики виконання судових рішень. Цей документ не має зобов'язального характеру, але встановлює стандарти виконання судових рішень у цивільних, господарських та адміністративних справах[10]. У зв'язку з цим дана стаття має на меті виявити лише найважливіші проблемні питання в сучасному виконавчому провадженні для того, щоб застерегти виникнення помилок в новій редакції цього Закону і визначити пріоритети в міжнародних аспектах примусового виконання рішень з урахуванням тих стандартів, про які йдеться у Звіті. Цілком очевидно, що необхідно працювати над створенням принципів міжнародного виконавчого процесу і українські науковці не можуть стояти осторонь цієї проблеми.

Виклад основного матеріалу. Не повторюючи доктринальних позицій М.М. Мальського, вважаємо за необхідне все ж таки додати й інші конструктивно-критичні зауваження, зокрема, щодо принципу відновлення платоспроможності боржника, який передбачений у ст. 11 Глобального кодексу примусового виконання[11]. Але підходів до цього принципу може бути багато.

З одного боку, вважаємо, що даний принцип не повинен регламентуватися у цьому Кодексі, ні у Законі України «Про виконавче провадження». Відштовхуючись від принципу змагальності, ми мусимо дійти висновку про те, що кожен суб'єкт виконавчого провадження має турбуватися про охорону і захист власних прав. Тому питаннями відновлення платоспроможності має займатися керівництво підприємства, а не виконавець. Наприклад, доводячи підприємство до стану банкрутства може досягатися певна мета – позбутися боргів і купити власне підприємство за безцінь, при цьому можна позбавитися і співвласників тощо. Отже, стан банкрутства підприємства – це не завжди результат ризикованої політики його керівництва або результат фінансової кризи. Цілком можливо, що доведення до банкрутства – це результат діяльності керівництва підприємства[12] з метою, далекою від визначених у статуті цілей, тому заміна керівництва підприємства може стати підставою для відновлення підприємства.

З іншого боку, розглядаючи положення ст. 11 Кодексу як обґрунтовану модель розвитку виконавчого провадження, яка рекомендується провідними фахівцями багатьох країн світу, слід приділити цьому більше уваги. Так, саме у виконавчому провадженні, коли виконавець здатен буде звести вимоги кредиторів та вартість підприємства, може виявитися, що підприємство знаходиться в стані банкрутства. У такому випадку виконавцям та, особливо, приватним передавати провадження арбітражним керуючим не завжди раціонально, оскільки їх доходи в такому разі значно зменшуватимуться. До речі, такі випадки щодо розміру основної винагороди приватного виконавця у чинній редакції Закону України «Про виконавче провадження» не регламентовані, але слідуючи за концепцією п. 3 ч. 1 ст. 45 цього ж Закону, можна дійти такого висновку. Основна винагорода приватного виконавця визначається пропорційно до, фактично, стягнутої з боржника суми, у разі ж відсутності стягнення, основна винагорода йому не виплачується. Це не справедливо, оскільки доволі часто завдяки діям приватного виконавця визначатиметься стан банкрутства боржника юридичної особи, потребуватимуть компенсації зроблені виконавцем витрати тощо.

Тому, на нашу думку, слід відходити від встановленого Законом порядку звернення стягнення на майно боржника-юридичної особи, коли обсяги боргу значно перевищуватимуть вартість описаного і арештованого майна, що безпосередньо не використовується у виробництві. Автор також вважає, що у Законі України «Про виконавче провадження» не фігурує поняття, яке має місце у ст. 191 ЦК України, а саме – підприємство як єдиний майновий комплекс. У такому випадку, зокрема, можна і необхідно намагатися продати підприємство як єдине ціле. Отже, у разі наближення вартості боргу підприємства до вартості самого підприємства або його частини вважаємо, що не зовсім раціонально продавати майно підприємства частинами, оскільки це може негативно позначитися на його працівниках.

При цьому у ч. 4 цієї норми йдеться про те, що підприємство або його частина можуть бути об'єктом купівлі-продажу, застави, оренди та інших правочинів. Наприклад, можуть бути виділені окремі цехи або технологічні лінії, земельні ділянки підприємства, які можуть бути відчужені для покриття боргу тощо.

Вважаємо, що при зверненні стягнення на майно підприємства-боржника доцільно проводити експертизу вартості цього підприємства при його відчуженні як єдиного майнового комплексу, а також можливості відокремлення частин такого підприємства для продажу тощо. Тому завдяки експертній оцінці фахівців можна буде встановити, а який оптимальний варіант продажу підприємства: частинами або як цілісний майновий комплекс з урахуванням його торгової марки, технологічних і виробничих потужностей, інтелектуального потенціалу.

Цілком зрозуміло, що виконавці, особливо приватні, не повинні займатися пошуком інвесторів, які виявлять бажання за рахунок покриття боргу виступити як учасники підприємства, що знаходиться у важкому матеріальному становищі. Такі функції, особливо щодо державних або комунальних підприємств, має здійснювати держава, якщо такі підприємства являють собою для неї певну виробничу, військову чи іншу цінність. Саме держава має відповідати за боргами таких підприємств, які забезпечують її стратегічні потреби.

У зв'язку з наведеним правильною здається концепція, що дане положення Глобального кодексу примусового виконання не було включене до проєкту Закону України «Про виконавче провадження», оскільки не завжди міжнародний досвід відповідає українській ментальності та правовій системі України.

Водночас у межах виконавчого провадження може бути досягнуто згоди між стягувачами та боржником щодо компенсації боргів за рахунок передачі частки в статутному капіталі підприємства, його акцій або продажу частки підприємства, і така домовленість може бути, на нашу думку, зафіксована у мировій угоді, яка при дотриманні всіх умов законодавства повинна бути визнана та затверджена судом. У такій угоді, вважаємо, можуть бути враховані й витрати приватних і державних виконавців.

Тому автор вважає дискусійним положення про те, а чи можуть виконавці виконувати рішення проти юридичних осіб, коли останні, фактично, знаходяться в стані неплатоспроможності, тобто банкрутства. Особливо актуалізуватиметься це питання в тому випадку, коли в такому стані знаходитиметься юридична особа, заснована іноземним суб'єктом, або з іноземними інвестиціями. Складність цього положення зумовлена тим фактором, що у розвинених країнах підходи до виконавчого провадження можуть бути більш досконалими, і дії українських виконавців сприйматимуться як зловживання правом або як правопорушення, а це може призвести і до міжнародних політичних ускладнень.

Цілком можливим може стати й випадок, коли виконання рішення зумовлюватиме порушення положення про публічний порядок, що абсолютно не враховано у Законі України «Про виконавче провадження». Якщо ж розглядати дане положення ширше, ніж формальна відмова у визнанні та приведенні до виконання іноземного рішення суду, то автор вважає важливим також проаналізувати застереження про публічний порядок і не вважати його абсолютним для всіх правових ситуацій. Так, згідно зі ст. 435 ЦПК суд, який розглядав справу як суд першої інстанції, тобто іноземний суд, може за заявою стягувача чи виконавця (у випадках, встановлених законом), встановити чи змінити спосіб або порядок виконання рішення. На нашу думку, так можна частину рішень, які порушували застереження про публічний порядок, змінити настільки, наскільки це можливо, щоб рішення іноземного суду перестало порушувати публічний порядок.

Отже, при визнанні й виконанні іноземних рішень слід зважувати, а чи може бути змінено рішення суду так, щоб воно могло бути виконане на території іноземної держави. Разом із тим рішення іноземного суду ми сприймаємо як іноземний елемент, який легітимується рішенням українського суду, яке й виконується в примусовому порядку. Однак український суд не вправі, на нашу думку, змінювати спосіб або порядок виконання рішення, оскільки йтиметься про виконання іноземного рішення суду, якщо стягувач на це не погоджується.

У ЦПК існує два підходи до врегулювання питань, що виникли у виконавчому провадженні, оскільки:

– у ст. 432 передбачено, що юрисдикція щодо виправлення помилки у виконавчому документі та визнання його таким, що не підлягає виконанню, поширюється на суд, який видав виконавчий документ. При цьому «ініціатива» в таких справах може належати стягувачу або боржнику, але такі справи можуть стосуватися лише виправлення помилок, допущених при його оформленні або видачі. І це положення цілком зрозуміле. Щодо ж визнання виконавчого документа таким, що не підлягає виконанню, то у цьому разі варто виходити з множини можливих підстав для визнання його таким, що не підлягає виконанню, і, зокрема, у випадку порушення правила про публічний порядок. Отже, і правом на звернення до суду, на думку автора, мають володіти й заінтересовані державні органи;

– у ст. 435, навпаки, правом розгляду справ щодо відстрочення і розстрочення виконання, зміни чи встановлення способу і порядку виконання наділений суд, який розглядав справу як суд першої інстанції, тобто у разі виконання рішення іноземного суду саме до його юрисдикції мають бути віднесені такі справи, але з цим положенням важко погодитися. При цьому ініціаторами відкриття провадження у такій справі можуть бути сторони, але лише щодо відстрочення або розстрочення виконання рішення, а щодо встановлення чи зміни способу або порядку його виконання – лише стягувач чи виконавець. Останнє положення при його застосуванні до рішень іноземних судів дає підстави зробити висновок про те, що виконавець може стати ініціатором звернення до іноземного суду, що здається не зовсім виправданим, зокрема, коли ми говоримо про державного виконавця. Остання гіпотеза зумовлена тим, що не зважаючи на підкреслену у ч. 1 ст. 9 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» незалежність державних виконавців, останні знаходяться в структурі органів державної виконавчої служби і підпорядковані у своїй діяльності начальнику відділу державної виконавчої служби та як державні службовці не можуть бути суб'єктами міжнародних відносин безпосередньо. Такий статус виконавців не передбачений у міжнародних договорах, і це положення істотно ускладнює його реалізацію. Вони можуть звернутися в інстанції і просити сприяти їм у виконанні повноважень, що зумовлюють звернення до іноземного суду. Такими інстанціями можуть стати або Міністерство юстиції України, яке в багатьох міжнародних договорах уповноважено здійснювати координацію з владою іноземної держави, або через судову гілку влади, оскільки саме суд допустив примусове виконання рішення на території України.

Тому варто визнати, що положення ЦПК не завжди належно регламентують питання підсудності справ з іноземним елементом, коли вони пов'язані з примусовим виконанням рішень іноземних судів і необхідно встановити або змінити спосіб або порядок виконання такого рішення.

У іноземних суддів можуть виникнути й інші питання щодо раціональності застосування такого заходу, як забезпечення позову у порядку ч. 6 ст. 435 ЦПК, оскільки у ч. 6 ст. 435 ЦПК застосовується термін забезпечення позову, але у виконавчому провадженні суд такий захід застосовувати не повинен, оскільки позов вже був задоволений судом, справа закрита і на виконанні знаходиться рішення суду. У зв'язку з цим вважаємо, що слід зі ст. 435 ЦПК виключити ч. 6 і ввести таке поняття, як «забезпечення виконання рішення», яке використовуватиметься у виконавчому провадженні і має бути подібним за змістом до забезпечення позову, але вирішуватиметься виконавцем з урахуванням наданих йому Законом повноважень.

Автор вважає, що в сучасних умовах поряд з традиційно визначеними критеріями сприйняття іноземного елементу, а саме: іноземного суб'єкта, рішення іноземного суду, права іноземної держави, варто проаналізувати й такий об'єкт, як іноземна валюта та іноземні інвестиції. У багатьох нормативних актах і, зокрема, міжнародних договорах сьогодні робляться спроби надати особливий статус і захист іноземним інвестиціям, але це не відображено у Законі України «Про виконавче провадження».

Потрібно, на нашу думку, визначити й особливий статус іноземної валюти в Україні. У сучасній юридичній практиці іноземна валюта виконує, як мінімум, три функції:

– як кошти для розрахунку з іноземними юридичними особами;

– як зручний засіб платежу в Україні, оскільки він не має таких стрімких підйомів або падінь та забезпечує можливість зручного користування іноземною валютою у готівковій формі (менший порівняно із гривною обсяг, наприклад, 1 долар = 23 грн);

– як засіб забезпечення виконання зобов'язань.

Водночас іноземна валюта є іноземним елементом, оскільки її власник, по суті, є кредитором іноземної держави. Тому кожна країна має дбати про захист власних інтересів, і національна валюта в таких випадках має розцінюватися як елемент її незалежності та фактор стабільності, тому вона повинна мати й певні пріоритети у використанні. У зв'язку з цим автор вважає, що валютне або мультивалютне забезпечення вимог кредитора може використовуватися в Україні, але у виконавчому провадженні виконання має здійснюватися у національній валюті, крім випадків, коли стягувачем є іноземний суб'єкт, який вимагає повернення боргу саме в іноземній валюті. У зв'язку з цим у ч. 10 ст. 65 законопроєкту «Про виконавче провадження» має встановлюватися однозначна вимога про стягнення виконавчої санкції в національній валюті і лише при її відсутності в іноземній валюті. При цьому в силу євроінтеграційного курсу України основною іноземною валютою в нашій країні має розцінюватися євро.

Крім того, автор вважає, що у законодавстві щодо виконавчого провадження має бути відображено положення про те, що стосовно прав та інтересів іноземних громадян їх представником у виконавчому провадженні може стати іноземний консул або уповноважена ним особа.

Висновки. Сучасний стан реформування правової системи України характеризується тим, що потребує глибокого переосмислення і трансформування велика кількість нормативних актів, удосконалення діяльності, практично всіх правоохоронних, правозахисних і правовідновлювальних органів. Але поряд із тим вважається за необхідне робити істотні кроки в напрямі наближення нашої держави до міжнародних стандартів та комплексного розвитку законодавства, зокрема, про виконавче провадження з урахуванням значної міграції населення, взятого євроінтеграційного курсу, тобто підсилювати регламентування правовідносин з іноземним елементом. У цьому зв'язку вважаємо за необхідне значно більше уваги приділити в новій редакції Закону України «Про виконавче провадження» статусу іноземних суб'єктів, включаючи іноземних інвесторів та захист їх прав на інвестиції, підсилити і розвинути питання примусового виконання іноземних судових рішень, а також відобразити у міжнародних договорах спрощену систему міждержавних відносин у сфері примусового виконання рішень тощо. У період реформ ці проблемні питання легше порушити, обговорити та відобразити у законодавстві, ніж в наступному вносити правки до вже сформованого законодавства.

---

[1] Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень та рішень інших органів: Закон України від 02.06.2016 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1403-19

[2] Закон України «Про виконавче провадження» в редакції від 02.06.2016 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19

[3] Фурса С.Я. Міжнародні стандарти та стандарти ЄС і поточні реформи нотаріату, органів примусового виконання рішень судів та адвокатури в Україні (на прикладі України та Литовської Республіки). *Цивілістична процесуальна думка*. 2018. № 1. С. 68–74.

[4] Пріоритетні законодавчі зміни. Реформа виконавчого провадження. Матеріали круглого столу про обговорення нової редакції Законопроекту «Про виконавче провадження» / Проект ЄС «Право-Justice» (7 листопада 2019 р.). Київ, 2019. 101 с.

[5] Фурса Є.Є. Виконавче провадження з іноземним елементом. *Актуальні проблеми виконавчого процесу в Україні: теорія і практика*: IV Міжнародна науково-практична конференція: зб. наук. статей (6 грудня 2019 р., м. Київ) / за заг. ред. д.ю.н., проф. С.Я. Фурси. Київ: Видавець Позднишев, 2019. С. 165.

[6] Ярков В.В. Глобальный кодекс принудительного исполнения как основа гармонизации исполнительного производства. *Журнал «Закон».* 2017. № 7. С. 43.

[7] Ярков В.В. О проекте Глобального кодекса принудительного исполнения // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 12. С. 55.

[8] Глобальный кодекс принудительного исполнения / пер. с англ. и комментарий А.А. Парфенчиковой. Москва: Статут, 2016. С. 26.

[9] Мальський М.М. Міжнародний виконавчий процес: теорія і практика : монографія. Дрогобич : Коло, 2019. 470 с.

[10] Звіт стосовно візиту до України з метою проведення двосторонніх консультацій щодо вдосконалення виконавчого провадження (на виконання рішень Європейського суду з прав людини у справах «Юрій Миколайович Іванов проти України» і «Бурмич та інші проти України»). URL: https://rm.coe.int/report-mission-to-ukraine-ukr/16808f255a

[11] Глобальний кодекс примусового виконання. URL: http://www.uihj.com/1er-forum-mondial-sur-l-execution_2162943.html

[12] Фурса Є.Є., Фурса Є.І. Проблемні аспекти корпоративних інтересів в цивільному процесі: Internationale wissenschaftlich-praktische Konferenz «Das Assoziierungsabkommen und das Wirtschaftsrecht der Ukraine sowie Deutschlands: Implementierung, Realität und Erwartungen» 5. Oktober 2018 Köln/Deutschland. URL: https://www.dujv.de/publikationen-%D0%BF%D1%83%D0%B1%D0%BB%D1%96%D0%BA%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%97/

References:

Pro orhany ta osib, iaki zdijsniuiut' prymusove vykonannia sudovykh rishen' ta rishen' inshykh orhaniv: Zakon Ukrainy (02 chervnia 2016). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1403-19 [in Ukrainian].

Zakon Ukrainy «Pro vykonavche provadzhennia» v redaktsii vid 02 chervnia 2016 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19 [in Ukrainian].

Fursa, S.Ya. (2018). Mizhnarodni standarty ta standarty YeS i potochni reformy notariatu, orhaniv prymusovoho vykonannia rishen' sudiv ta advokatury v Ukraini (na prykladi Ukrainy ta Lytovs'koi Respubliky). *Tsyvilistychna protsesual'na dumka,* 1, 68–74 [in Ukrainian].

Priorytetni zakonodavchi zminy. Reforma vykonavchoho provadzhennia. Materialy kruhloho stolu pro obhovorennia novoi redaktsii Zakonoproektu «Pro vykonavche provadzhennia» / Proekt YeS «Pravo-Justice» (7 lystopada 2019 r.). Kyiv [in Ukrainian].

Fursa, Ye.Ye. (2019). Vykonavche provadzhennia z inozemnym elementom. Aktual'ni problemy vykonavchoho protsesu v Ukraini: teoriia i praktyka: IV Mizhnarodna naukovo-praktychna konferentsiia: zb. nauk. statej (6 hrudnia 2019 r., m. Kyiv) / za zah. red. d.iu.n., prof. S.Ya. Fursy. Kyiv: Vydavets' Pozdnyshev [in Ukrainian].

Yarkov, V.V. (2017). Hlobal'nyj kodeks prynudytel'noho yspolnenyia kak osnova harmonyzatsyy yspolnytel'noho proyzvodstva. *Zakon*, 7, 43 [in Russian].

Yarkov, V.V. (2013). O proekte Hlobal'noho kodeksa prynudytel'noho yspolnenyia. *Arbytrazhnyj y hrazhdanskyj protsess,* 12, 55 [in Russian].

Hlobal'nyj kodeks prynudytel'noho yspolnenyia (2016). / per. s anhl. y kommentaryj A.A. Parfenchykovoj. Moskva: Statut [in Russian].

Mal's'kyj, M.M. (2019). Mizhnarodnyj vykonavchyj protses: teoriia i praktyka : monohrafiia. Drohobych : Kolo [in Ukrainian].

Zvit stosovno vizytu do Ukrainy z metoiu provedennia dvostoronnikh konsul'tatsij schodo vdoskonalennia vykonavchoho provadzhennia (na vykonannia rishen' Yevropejs'koho sudu z prav liudyny u spravakh «Yurij Mykolajovych Ivanov proty Ukrainy» i «Burmych ta inshi proty Ukrainy»). URL: https://rm.coe.int/report-mission-to-ukraine-ukr/16808f255a [in Ukrainian].

Hlobal'nyj kodeks prymusovoho vykonannia. URL: http://www.uihj.com/1er-forum-mondial-sur-l-execution_2162943.html [in Ukrainian].

Fursa, Ye.Ye., Fursa, Ye.I. Problemni aspekty korporatyvnykh interesiv v tsyvil'nomu protsesi: «Das Assoziierungsabkommen und das Wirtschaftsrecht der Ukraine sowie Deutschlands: Implementierung, Realität und Erwartungen» 5. Oktober 2018 Köln/Deutschland. URL: https://www.dujv.de/publikationen-%D0%BF%D1%83%D0%B1%D0%BB%D1%96%D0%BA%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%97/

Резюме

Фурса Є.Є. **Подальша реформа виконавчого провадження в Україні: міжнародні стандарти та іноземний елемент.**

У статті проаналізовані проблемні ситуації, які мають місце у сучасній виконавчій практиці і потребують вирішення в новому законодавстві України, зокрема, Законі України «Про виконавче провадження», Цивільному процесуальному кодексі України та інших нормативних актах, які потребують узгодження і відображення новітніх концепцій щодо примусового виконання рішень з іноземним елементом. Порушено питання щодо необхідності запровадження у відповідне законодавство, судову та практику з примусового виконання рішень судів та інших органів міжнародних стандартів виконавчого провадження, запропонованих Радою Європи.

Ключові слова: міжнародні стандарти, виконавче провадження приватний виконавець, державний виконавець, іноземний елемент, рішення іноземного суду, іноземний суб'єкт.

Резюме

Фурса Е.Е. **Дальнейшая реформа исполнительного производства в Украине: международные стандарты и иностранный элемент.**

В статье проанализированы проблемные ситуации, которые имеют место в современной исполнительной практике и требуют решения в новом законодательстве Украины, в частности, Законе Украины «Об исполнительном производстве», Гражданском процессуальном кодексе Украины и других нормативных актах, требующих согласования и отражения новейших концепций принудительного исполнения решений с иностранным элементом. Подняты вопросы о необходимости введения в соответствующее законодательство, судебную и практику по принудительному исполнению решений судов и других органов международных стандартов исполнительного производства, предложенных Советом Европы.

Ключевые слова: международные стандарты, исполнительное производство, частный исполнитель, государственный исполнитель, иностранный элемент, решение иностранного суда, иностранный субъект.

Summary

Yevgen Fursa. **Further reform of enforcement proceedings in Ukraine: international standards and a foreign element.**

The article analyzes the problematic situations that occur in the current enforcement practice and which need to be resolved in the new legislation of Ukraine, in particular, the Law of Ukraine "On Enforcement Proceedings", the Civil Procedure Code of Ukraine and other normative acts that need to align and reflect the latest concepts of enforcement of decisions with foreign element. Issues raised regarding the need to introduce into the relevant legislation, court and practice on enforcement of judgments and other bodies of international standards of enforcement proceedings proposed by the Council of Europe.

This article has for an object to educe only major problem questions in a modern executive production in an order to caution the origin of errors in the new release of this Law and define priorities in the international aspects of a force implementation of decisions. Fully obviously, that it is necessary to work on creation of international principles of executive process and the Ukrainian scientists can not lie up this problem.

The current state of reform of Ukraine's legal system is characterized by that, what needs the deep rethinking and transformation plenty of normative acts, improvement of activity of practically all law enforcement authorities. It is considered a necessity to undertake substantial steps in direction of approaching of our state to the international standards and complex development of legislation taking into account considerable migration of population, eurointegration course, id est to strengthen regulation of legal relationships with a foreign element. In this connection appears a necessity to spare considerably anymore attention in the new release of Law of Ukraine "On Enforcement Proceedings"" of status of foreign subjects, including, foreign investors and protection of their rights on an investment, to strengthen and develop the question of a force implementation of foreign court decisions, and also represent in international agreements the simplified system of intergovernmental relations in the sphere of a force implementation of decisions and others like that. In the period of reforms these problem questions it more easily to affect, to discuss and represent in a legislation, than in the following to bring in corrections to the formed legislation.

Key words: international standards, enforcement proceedings, private enforcement agent, public enforcement agent, foreign element, decision of a foreign court, foreign entity.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.37

УДК 349

Н.А. ЦИГАНЧУК

Наталія Антонівна Циганчук, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Академії праці, соціальних відносин і туризму*[*]

ORCID: 0000-0002-1916-6524

НЕДОТРИМАННЯ МІЖНАРОДНИХ ТРУДОВИХ СТАНДАРТІВ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ КОДИФІКАЦІЇ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРАЦЮ

Постановка проблеми. Інтеграція України до Європейського Союзу неможлива без зміни національного законодавства та приведення його норм у відповідність до міжнародних стандартів. На даний час проблема впровадження міжнародних стандартів набула для України практичного значення. Це зумовлено необхідністю підготовки та прийняття проєкту нового Трудового кодексу України, робота над яким триває не перший рік. Наразі у Верховній Раді зареєстровано чотири законопроєкти Трудового кодексу, але аналіз кожного з них вказує на те, що не всі норми запропонованих законопроєктів відповідають міжнародним стандартам, а, відтак, не можуть бути прийняті.

Стаття 9 Конституції України проголошує, що чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України[1].

Статтею 8-1 Кодексу законів про працю України передбачено, що якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, у яких бере участь Україна, встановлено інші правила, ніж ті, що їх містить законодавство України про працю, то застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди[2]. Це все вказує на те, що чинне вітчизняне законодавство закріплює можливість прямого застосування норм міжнародного права, а також пріоритет міжнародних норм перед нормами національного права, у тому числі й у сфері трудового права. У зв'язку з цим Трудовий кодекс України має відповідати загальновизнаним правам і принципам у сфері праці, зокрема Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакту про економічні, соціальні і культурні права, Європейській соціальній хартії (переглянутій), конвенціям і рекомендаціям Міжнародної організації праці, актам Європейського Союзу та іншим міжнародно-правовим актам.

Але застосування міжнародних трудових стандартів та зарубіжного досвіду має відбуватися з обов'язковим урахуванням особливостей, що характеризують правові системи різних країн, у тому числі й нашої держави.

© Н.А. Циганчук, 2019

[*] ***Nataliya Tsyhanchuk,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of the Academy of Labour, Social Relations and Tourism*

У 2018 р. в рейтингу дотримання трудових прав, що був підготовлений Міжнародною Конфедерацією Профспілок, Україна опинилася у п'ятій з шести груп і найгірше в Європі гарантує захист прав працівників. Так, зарплата українців – найнижча в Європі. За даними Doing Business 2019, за некваліфіковану працю наші громадяни отримували 123,3 євро, тоді як в країнах, куди від'їжджає найбільше українських мігрантів, зарплата більша у рази. Зокрема, у Болгарії – 300 євро, у Чехії – 410 євро, у Польщі – 610 євро, Португалії – 700 євро, Іспанії – 900 євро, Німеччині – 1498 євро, Великій Британії – 1600 євро. Процедура найму та звільнення працівників в Україні зручна для роботодавців. За інформацією Global Competitiveness Index 2018, у 22 країнах ЄС власники-роботодавці користуються меншою гнучкістю в питаннях звільнення. У 2018 р. в Україні Держстат не зареєстрував жодного офіційного страйку[3].

Все це дає підстави зробити висновок про те, що в Україні порушується ряд конституційних норм, які гарантують громадянам України право на працю, на офіційне працевлаштування, на страйки, на гідну оплату праці, на відпочинок, на охорону праці, на соціальний захист та те, що держава не виконує свої основні зобов'язання щодо своїх громадян. Таке становище недопустиме і потребує якнайшвидшого виправлення. А це можливо, в тому числі, і шляхом прийняття законодавчого акта, який відповідатиме міжнародним стандартам у галузі праці, усуне прогалини та недоліки чинного законодавства. Саме таким і має бути новий Трудовий кодекс.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання розроблення концепції реформування трудового законодавства України і його подальшого розвитку, а також прийняття нового Трудового кодексу уже тривалий час були предметом наукових дискусій та досліджень. Особливого значення для прийняття якісного законодавчого акта, що буде регулювати відносини праці в Україні, набувають наукові доробки відомих українських вчених: Н.Б. Болотіної, В.С. Венедіктова, І.П. Гаращенко, Ю.М. Гришиної, Л.П. Грузінової, В.В. Жернакова, М.І. Іншина, Л.І. Лазор, А.Р. Мацюка, К.В. Мельника, П.Д. Пилипенка, С.М. Прилипка, О.І. Процевського, В.Г. Ротаня, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишевої, В.І. Щербини, О.М. Ярошенка та інших науковців. Але багато питань потребують подальшого дослідження та вдосконалення, а запропоновані законопроєкти – доопрацювання та приведення їх у відповідність з міжнародними нормами права.

Формулювання мети статті. У зв'язку з цим дана тема не втрачає своєї актуальності, а **метою** цієї статті є аналіз законопроєктів нового Трудового кодексу України та проєкту Закону «Про працю» на відповідність міжнародним трудовим стандартам та нормам вітчизняного трудового законодавства.

Виклад основного матеріалу. 29 серпня 2019 р. Верховною Радою був зареєстрований законопроєкт № 0955 на заміну законопроєкту № 1658, який уже був проголосований у першому читанні та очікував на розгляд у другому, але був відкликаний Верховною Радою нового скликання як такий, що не відповідає нормам і принципам міжнародного права і ратифікованим Україною Конвенціям Міжнародної Організації Праці[4].

Слід зазначити, що у квітні 2016 р. Міжнародна Організація Праці (далі – МОП), у рамках технічної допомоги МОП щодо реформи трудового права в Україні, надала «Меморандум технічних зауважень до проєкту Трудового кодексу 2015 (Україна)»[5]. Вказаний документ містить аналіз передумов та обґрунтування реформи трудового законодавства в Україні, а також 59 рекомендацій для розробників проєкту, що стосуються його удосконалення. При підготовці законопроєкту № 1658 до другого читання багато рекомендацій МОП були враховані. Крім того, норми даного проєкту пройшли порівняння з національними законами та практикою у сфері праці Польщі, Чехії, Угорщини та Фінляндії. Ці держави були обрані через їхню територіальну близькість, схожий шлях розвитку та подібність законодавства про працю. Проте аналіз законопроєкту № 0955 вказує на те, що його окремі норми не доопрацьовані і тому не відповідають нормам чинного законодавства України, що регулюють трудові відносини, а також суперечать нормам інших галузей права, положенням деяких законодавчих актів та міжнародним стандартам. 10 вересня 2019 р. вищезазначений законопроєкт було знято з розгляду.

08 листопада 2019 р. був зареєстрований законопроєкт № 2410, поданий народними депутатами Ю.В. Тимошенко, В.Є. Івченком, М.М. Цимбалюком і С.В. Шаховим[6] та законопроєкт № 2410-1, поданий Н.Ю. Королевською, С.М. Ларіним, В.П. Бортом, О.С. Качним, Ю.В. Солодом і В.Ф. Кальцевим[7].

Фактично ці два законопроєкти є ідентичними, за винятком незначних змін в тексті окремих норм, у назвах – законопроєкт № 2410 має назву «Трудовий кодекс України», а законопроєкт № 2410-1 – «Проєкт кодексу України про працю», а також у кількості статей – законопроєкт № 2410 містить 385 статей, а законопроєкт № 2410-1 – 391. Проєкти кодексів складаються із дев'яти книг, а також прикінцевих та перехідних положень.

Проєктами враховано норми:

– Директиви Ради від 14 жовтня 1991 р. про обов'язок роботодавця інформувати своїх службовців про умови, що застосовуються до трудового договору чи трудових відносин (91/533/ЄЕС) – у частині надання працівнику письмової інформації про умови трудового договору[8];

– Директиви Ради 98/59/ЄС від 20 липня 1998 р. про наближення законодавств членів щодо колективного звільнення – в частині надання поняття масового звільнення[9];

– Директиви Ради 2000/78/ЄС від 27 листопада 2000 р., що встановлює загальну систему рівного поводження у сфері зайнятості і професійної діяльності – у частині недопущення дискримінації працівників на основі релігії або віросповідання, обмеженості фізичних можливостей, віку або сексуальної орієнтації під час відбору, прийому на роботу та запровадження дієвих механізмів виявлення порушень, посилення забезпечення ефективного доступу населення до інформації[10];

– Директиви Ради 2001/23/ЄС від 12 березня 2001 р. про наближення законів держав-членів, що стосуються охорони прав службовців у випадку передачі підприємств, бізнесових структур або частин підприємств або бізнесових структур – в частині надання інформації про це представникам службовців[11];

– Директиви 2003/88/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 4 листопада 2003 р. про деякі аспекти організації робочого часу – в частині надання визначення нічного працівника та нічної роботи[12];

– Директиви Ради 2004/113/ЄС від 13 грудня 2004 р. про імплементацію принципів рівності чоловіків і жінок у доступі до товарів і надання послуг – в частині покладення тягаря доказування на відповідача, коли представлено докази дискримінації (як при вирішенні питання про прийняття на роботу, так і при строку дії трудового договору)[13].

Позитивним є те, що у законопроєктах норми вказаних Директив Ради знайшли своє закріплення з урахуванням національних особливостей.

Аналіз законопроєктів № 2410 та № 2410-1 вказує, що не зважаючи на низку позитивних положень вони звужують наявний обсяг прав та гарантій найманих працівників і професійних спілок, порушують норми Конституції України, чинного законодавства про працю, а окремі їх норми не відповідають міжнародним стандартам у галузі праці та взятим на себе Україною міжнародним зобов'язанням.

Так, відповідно до ст. 32 Конституції України: «Ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України».

Згідно зі ст. 31 Конституції України кожному гарантується таємниця телефонних розмов.

Стаття 29 законопроєктів № 2410 та № 2410-1 – «Контроль за виконанням працівниками трудових обов'язків» закріплює за роботодавцем право контролювати виконання працівниками трудових обов'язків, у тому числі з використанням технічних засобів. Це можуть бути камери відеоспостереження, додатки у смартфонах, встановлення камер на комп'ютерах тощо. Контроль має здійснюватися на умовах, визначених колективним договором, з обов'язковим письмовим попередженням працівників до початку застосування таких засобів. При цьому роботодавець не вправі контролювати особисті розмови працівників, в тому числі по телефону, якщо їх ведення не є порушенням внутрішнього трудового розпорядку або локальних нормативних актів. Вважаємо, що дана стаття порушує норми Конституції України та може призвести не лише до порушення трудових прав, але й до порушення приватного життя, що охороняється державою, а втручання в його сферу передбачає кримінальну відповідальність.

Суперечить Конвенції МОП № 158 та Рекомендації МОП № 166 від 22 червня 1982 р.[14]про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця ч. 2 ст. 35 та ст. 58 законопроєктів, які передбачають укладення строкових трудових договорів та підстави для звільнення у зв'язку із закінченням строкових трудових договорів.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 35 законопроєктів : «Якщо законом або трудовим договором не встановлено інше, трудовий договір вважається укладеним на невизначений строк».

Застосування у даній нормі виразу: «якщо трудовим договором не встановлено інше» може призвести до зловживань з боку роботодавця в питаннях визначення строку трудового договору та фактично зробить невичерпним перелік випадків укладення строкового трудового договору.

Необґрунтовано широкий перелік випадків укладення строкових трудових договорів містить ст. 58 законопроєктів. При цьому, на нашу думку, припинення трудових відносин у зв'язку із закінченням строку дії трудового договору (ст. 80 законопроєктів) у випадках, передбачених п. 7–13 ст. 58, просто неможливе.

Обмеженням прав професійних спілок є закріплення в ст. 110 законопроєктів права на звільнення за ініціативою роботодавця членів виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) без наявності попередньої згоди виборного органу, членами якого вони є, а також вищестоящого виборного органу цієї профспілки у випадках розірвання трудового договору за ініціативою роботодавця у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням працівником своїх трудових обов'язків; у зв'язку з виявленням невідповідності працівника займаній посаді або виконуваній роботі; у зв'язку з нез'явленням працівника на роботу внаслідок тимчасової непрацездатності; у зв'язку з поновленням на роботі працівника, який раніше виконував цю роботу; у зв'язку з відсутністю працівника на роботі понад два місяці.

Вважаємо, що закріплення норми про спрощення процедури такого звільнення призведе до можливості зловживання роботодавцем цим правом та сприятиме швидкому, незаконному звільненню члена виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника), який займає активну громадянську позицію та відстоює інтереси найманих працівників.

Не зважаючи на допущення роботодавцями масових порушень при виплаті заробітної плати найманим працівникам, законопроєкти № 2410 та № 2410-1 при регулюванні питань заробітної плати (глава 6. Оплата праці) не врахували положень Конвенції МОП «Про захист заробітної плати» (переглянутої) від 23 червня 1992 р.[15], якою передбачено права й соціально-трудові гарантії працівників на отримання заробітної плати та обов'язки роботодавця їх забезпечити та гарантувати. У зв'язку з цим норми законопроєктів дозволяють встановлювати мінімальну заробітну плату без урахування міжнародних стандартів і без наукового та техніко-економічного обґрунтування.

На нашу думку, вказані законопроєкти можуть бути розглянуті після серйозного доопрацювання та приведення їх норм до міжнародних трудових стандартів.

Четвертим законопроєктом, який, на думку авторів, має «зробити революцію у трудових відносинах», є Закон України «Про працю» за № 2708[16]. Його в порядку законодавчої ініціативи для розгляду Верховною

Радою 28 грудня 2019 р. подав Кабінет Міністрів України на виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України, схваленої постановою Верховної Ради України № 188-IX від 04 жовтня 2019 р., а також Указу Президента України № 713/2019 «Про невідкладні заходи щодо забезпечення економічного зростання, стимулювання розвитку регіонів та запобігання корупції».

Документ планується прийняти за прискореною процедурою. Спеціально для цього, згідно з регламентом, він містить 98 статей, які не можуть повною мірою врегулювати відносини праці.

Експертиза проєкту закону в частині його відповідності Конституції України та іншим законам, а також правилам підготовки проєктів актів законодавства та нормопроєктувальної техніки не проводилась. Громадська антикорупційна та антидискримінаційна експертизи законопроєкту також не була проведена. Проєкт Закону «Про працю» був розроблений без участі соціальних партнерів – роботодавців та професійних спілок.

Як зазначено в Пояснювальній записці до проєкту Закону «Про працю»: «Суть проєкту акта: лібералізація трудового законодавства, спрямована на створення рівних правил гри та балансу інтересів працівників і роботодавців, надання стимулів для розвитку бізнесу, спрощення входу-виходу з трудових відносин у поєднанні з ефективними механізмами захисту від раптової втрати роботи, полегшення пошуку нової роботи та зниження рівня безробіття».

Проєкт Закону «Про працю» надає право роботодавцю не виконувати імперативні норми, які визначають обов'язкові правила поведінки сторін трудових відносин, відступати від яких вони не можуть. Саме це, на думку авторів законопроєкту, спростить процедуру входу-виходу працівників на ринок праці, мінімізує бюрократичні процедури оформлення трудових відносин, створить сприятливі умови для розвитку бізнесу, забезпечить можливості для побудови ефективної та стійкої системи управління кадрами, що не завдає економічної шкоди суб'єкту господарювання. Визнання трудового договору основним джерелом регулювання індивідуальних трудових правовідносин зменшить втручання держави у відносини між працівником та роботодавцем та знизить ризики накладення штрафів, пов'язаних із невиконанням імперативних приписів законодавства.

З прийняттям вказаного закону втрачають чинність Закони України «Про оплату праці», «Про відпустки», «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», а також акти органів державної влади і управління Союзу РСР та Української РСР з питань трудових відносин, які наразі діють відповідно до постанови Верховної Ради України № 1545 від 12 вересня 1991 року. При цьому аналіз проєкту Закону «Про працю» вказує на те, що ним не охоплено питання, які регулюються вищезазначеними нормативно-правовими актами. Це призведе до прогалин у чинному трудовому законодавстві та, у разі порушення, у зв'язку з цим, прав найманих працівників, масових звернень до суду, оскільки, згідно з ч. 10 ст. 10 Цивільного процесуального кодексу України: «Забороняється відмова у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини»[17].

Авторами закону не враховані ратифіковані Україною Конвенції МОП та зобов'язання, які наша країна взяла на себе, підписавши Угоду про асоціацію з ЄС в питаннях трудових відносин. Аналіз проєкту закону вказує, що його положення грубо порушують норми Конституції України, чинного трудового законодавства та не відповідають міжнародним трудовим стандартам.

Після ознайомлення з проєктом Закону «Про працю» 4-та Асамблея Всеєвропейської регіональної ради 17 грудня 2019 р. прийняла «Заяву щодо ситуації в Україні»[18], в якій висловила серйозну занепокоєність міжнародного профспілкового руху тим, що відбувається в Україні. А Генеральна асамблея Пан'європейської регіональної ради звернула увагу вищих посадових осіб України на необхідність прийняття Закону «Про працю» тільки після його публічного обговорення та діалогу з усіма соціальними партнерами і запропонувала уряду України скористатися технічною допомогою Міжнародної Організації Праці для підготовки Трудового кодексу, що відповідав би міжнародним стандартам. Все це вказує на те, що проєкт Закону «Про працю» не може бути прийнятий Верховною Радою у запропонованій редакції.

Висновки. Отже, є нагальна необхідність прийняття нового Трудового кодексу України. Проте це має бути такий законодавчий акт, який відповідає усім міжнародним трудовим стандартам та побудований на принципах соціального партнерства, де сторони трудового договору – працівник та роботодавець заінтересовані у відносинах один з одним, а процедури цих відносин чітко визначені імперативними нормами, встановленими державою. Наразі жоден із чотирьох законопроєктів не відповідає вищевказаним вимогам.

---

[1] Конституція України. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. С. 8.

[2] Кодекс законів про працю Української РСР від 10 грудня 1971 р. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1971. № 50. С. 375.

[3] URL: https://www. ituc-csi.org/?lanq=en

[4] Законопроєкт Нового трудового кодексу України № 0955 від 29 серпня 2019 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66555

[5] Меморандум технічних зауважень до проєкту Трудового кодексу 2015 р. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU16012.html

[6] Законопроєкт Нового трудового кодексу України № 2410 від 08 листопада 2019 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331

[7] Законопроєкт Нового трудового кодексу України № 2410-1 від 08 листопада 2019 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331

[8] Директива Ради № 91/533/ЄС від 14 жовтня 1991 р. URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=77791

[9] Директива Ради № 98/59/ЄС від 20 липня 1998 р. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1488788409158&uri=CELEX:31998L0059

[10] Директива від 27.11.2000 № 2000/78/ЄС Про встановлення загальної системи рівного відношення у сфері зайнятості та професійної діяльності. URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=67418

[11] Директива Ради 2001/23/ЄС від 12 березня 2001 р. про наближення законів держав-членів, що стосуються охорони прав працівників у разі зміни власника підприємства, бізнесу чи їх частини (Офіційний вісник ЄС, L 82, 22 березня 2001 р. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0023&from=BG

[12] Директива Ради 2003/88/ЕС від 04 листопада 2003 р. Про деякі аспекти організації робочого часу. URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=77782

[13] Директива Ради № 2004/113/ЄС від 13 грудня 2004 р. про імплементацію принципів рівності чоловіків і жінок у доступі до товарів і надання послуг (Офіційний вісник ЄС, L 373/37, 21 грудня 2004 року). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0113

[14] Конвенція МОП № 158 та Рекомендація МОП № 166 від 22 червня 1982 р. про припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_005

[15] Конвенція МОП № 95 від 23 червня 1992 р. про *захист заробітної плати*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_146

[16] Проєкт Закону «Про працю» № 2708 від 28 грудня 2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67833

[17] Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2004. № 40741, 42. Ст. 492.

[18] Заява 4-тої Асамблеї Всеєвропейського регіональної ради від 17 грудня 2019 р. щодо ситуації в Україні. URL: http://www.atomprofspilka.info/downloadfile/3391

References:

Konstytutsiia Ukrainy (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 30, 8 [in Ukrainian].

Kodeks zakoniv pro pratsiu Ukrains'koi RSR (10 hrudnia 1971). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrains'koi RSR, 50, 375. URL: https://www.ituc-csi.org/?lanq=en [in Ukrainian].

Zakonoproiekt Novoho trudovoho kodeksu Ukrainy № 0955 (29 serpnia 2019). URL: URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66555 [in Ukrainian].

Memorandum tekhnichnykh zauvazhen' do proiektu Trudovoho kodeksu 2015 (Ukraina). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU16012.html [in Ukrainian].

Zakonoproiekt Novoho trudovoho kodeksu Ukrainy № 2410 vid 08.11.2019 r. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331 [in Ukrainian].

Dyrektyva Rady № 91/533/YeS vid 14 zhovtnia 1991 r. URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=77791 [in Ukrainian].

Dyrektyva Rady № 98/5933/YeS vid 20 chervnia 1998 r. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1488788409158&uri=CELEX:31998L0059

Dyrektyva Rady № 2000/78/YeS vid 27.11.2000 Pro vstanovlennia zahal'noi systemy rivnoho vidnoshennia u sferi zajniatosti ta profesijnoi diial'nosti. URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=67418 [in Ukrainian].

Dyrektyva Rady 2001/23/YeS vid 12 bereznia 2001 r. pro nablyzhennia zakoniv derzhav-chleniv, scho stosuiut'sia okhorony prav pratsivnykiv u razi zminy vlasnyka pidpryiemstva, biznesu chy ikh chastyny. *Ofitsijnyj visnyk YeS,* L 82, 22 bereznia 2001 r. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0023&from=BG

Dyrektyva Rady 2003/88/ES vid 04.11.2003. URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=77782 [in Ukrainian].

Dyrektyva Rady № 2004/113/YeS vid 13.12.2004. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32004L0113

Konventsiia MOP № 158 ta Rekomendatsiia MOP № 166 vid 22 chervnia 1982 r. pro prypynennia trudovykh vidnosyn z initsiatyvy robotodavtsia. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_005 [in Ukrainian].

Konventsiia MOP № 95 vid 23 chervnia 1992 r. pro zakhyst zarobitnoi platy. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_146 [in Ukrainian].

Proiekt Zakonu «Pro pratsiu» № 2708 vid 28 hrudnia 2019 r. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67833 [in Ukrainian].

Tsyvil'nyj protsesual'nyj kodeks Ukrainy vid 18 bereznia 2004 r. № 1618-IV. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy (VVR), 2004, 40–41, 42, st.492 [in Ukrainian].

Zaiava 4-toi Asamblei Vseievropejs'koho rehional'noi rady vid 17 hrudnia 2019 r. schodo sytuatsii v Ukraini. URL: http://www.atomprofspilka.info/downloadfile/3391 [in Ukrainian].

Резюме

Циганчук Н.А. **Недотримання міжнародних трудових стандартів при здійснення кодифікації законодавства про працю.**

У статті автор проводить аналіз окремих норм проєктів нових Трудових кодексів та проєкту Закону «Про працю» на їх відповідність міжнародним трудовим стандартам та вказує на недоліки законопроєктів, які підлягають врахуванню при підготовці до розгляду Верховною Радою.

Ключові слова: міжнародні трудові стандарти, проєкт нового Трудового кодексу України, проєкт Закону «Про працю», порушення трудових прав, імперативні норми, звільнення профспілкового представника.

Резюме

Цыганчук Н.А. **Несоблюдение международных трудовых стандартов при осуществлении кодификации законодательства о труде.**

В статье автор проводит анализ отдельных норм проектов новых Трудовых кодексов и проекта Закона «О труде» на их соответствие международным трудовым стандартам и указывает на недостатки законопроектов, которые нужно исправить при подготовке к рассмотрению Верховным Советом.

Ключевые слова: международные трудовые стандарты, проект нового Трудового кодекса, проект Закона «О труде», нарушение трудовых прав, императивные нормы, увольнение представителя профсоюзов.

Summary

Nataliya Tsyhanchuk. **Non-compliance with international labor standards in the implementation of codification of labor legislation.**

The integration of Ukraine into the European Union requires amendments to national legislation and harmonizing its norms with international standards. At present, it is necessary to prepare and adopt a new Labor Code of Ukraine. In the Verkhovna Rada four Draft Labor Codes have been registered, but the analysis of each of them indicates that not all norms of the proposed drafts meet international standards.

International labor standards and of foreign experience should be applied with due regard for the features of the legal systems of different countries, including ours.

The issues of developing the concept of reforming the labor legislation of Ukraine and its further progress, as well as the adoption of the new Labor Code, have long been the subject of scientific debate and research. But many questions are not answered. In this regard, this topic is still relevant.

Draft Law № 0955 was registered in the Verkhovna Rada, replacing Draft Law № 1658, which had already been voted for at first reading and had been awaiting for consideration at second reading, but was revoked by the Verkhovna Rada of the new convocation because of its inconsistence with the norms and principles of international law and with International Labor Organization Conventions ratified by Ukraine.

The analysis of Draft Law № 2410 and Draft Law № 2410-1 indicates that they also do not meet international labor standards and therefore require improvement.

Draft Law on Labor № 2708, submitted by the Cabinet of Ministers of Ukraine, contradicts the Constitution of Ukraine and other laws and had been developed without the involvement of social partners, that is employers and trade unions.

The authors of the Draft Law had not taken into account the ILO Conventions, ratified by Ukraine, and the commitments undertaken by Ukraine as a result of signing the Association Agreement with the EU in labor relations issues. The analysis of the Draft Law shows that its provisions commit the gross violation of the norms of the Constitution of Ukraine and of the current labor legislation and do not meet international labor standards. It is necessary to adopt a new Labor Code of Ukraine, but it must be a legislative instrument that meets all international labor standards and is built on the principles of social partnership.

Key words: international labor standards, Draft Labor Code of Ukraine, Draft Law on Labor, violation of labor rights, imperative rules, dismissal of a trade union representative.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.38

УДК 347.254:325.11(477)

А.О. ВОЛКОВА

Анастасія Олександрівна Волкова, *молодший науковий співробітник Інституту економіко-правових досліджень НАН України*[*]

ORCID: 0000-0002-3155-6592

СУЧАСНА ПРАКТИКА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ СОЦІАЛЬНИМ ЖИТЛОМ ТА ЖИТЛОВИМИ ПРИМІЩЕННЯМИ З ФОНДІВ ЖИТЛА ДЛЯ ТИМЧАСОВОГО ПРОЖИВАННЯ

Постановка проблеми. За офіційною інформацією Міністерства соціальної політики України станом на 09 грудня 2019 р. в Україні налічується 1 428 919 внутрішньо переміщених осіб (далі – ВПО)[1], що відповідно дорівнює 3,39 % населення від наявного в Україні (42 153 201 особи[2]). Опитування такої категорії громадян свідчить про те, що питання забезпечення житлом і досі залишається для них одним із найважливіших. Кризова ситуація у житловій сфері, яка бере свій початок ще за радянських часів, особливо гостро стала зрозумілою на рівні держави, на жаль, тільки у зв'язку з внутрішнім переміщення громадян в межах країни (внаслідок збройного конфлікту на Сході України) та неготовністю держави вирішувати їхні житлові проблеми через відсутність ресурсів, необхідних для задоволення потреб переміщених осіб. Наразі, незважаючи на задеклароване Конституцією України право кожного на житло, реалізувати його практично неможливо.

© А.О. Волкова, 2019

[*] ***Anastasia Volkova,*** *Junior Researcher of Institute of Economic and Legal Research of NAS of Ukraine*

Вважаємо, що відсутність достатніх засобів до існування у ВПО, внаслідок перманентного кризового характеру розвитку держави, не дасть можливості більшій частині ВПО придбати житло самостійно, в тому числі й за допомогою держави як-от, наприклад, за програмою «Доступне житло». У зв'язку з цим увага держави повинна бути зосереджена на розробленні правових механізмів надання житла ВПО у користування. Починаючи з 2016 р. на державному рівні було прийнято низку важливих правових документів щодо забезпечення ВПО соціальним житлом та житловими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання. Втім, ефективність та можливість їх практичної реалізації потребує ґрунтовного наукового аналізу, що й зумовлює необхідність даного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вже протягом тривалого часу питання сучасного стану розвитку житлового фонду України, практики забезпечення громадян житлом, у контексті досліджень якості життя населення, виступають предметом наукових досліджень таких науковців, як: О.Є. Аврамова, І.В. Гукалова, М.К. Галянтич, Ю. Киричук, Ю.А. Клименко, О.П. Ковалевська, О.В. Макарова, Є.О. Мічурін, Т.В. Сальникова, С.О. Сліпченко, Т.Д. Суярко, Т.М. Тилик, М.Я. Хомяк Л.М. Черенько, В.С. Шишкін та інших. Сучасні соціально-економічні зміни у державі та поява такої категорії громадян, як ВПО, зумовили необхідність зосередити увагу науковців на проблематиці недосконалості правових механізмів реалізації ВПО права на житло. Серед науковців, які опікуються даним питанням, можна виділити: Г.В. Виноградову, М.П. Кобець, І.В. Найду, В.В. Шеховцову, В.А. Устименка та інших. Водночас, не применшуючи значення наукових здобутків у житловій сфері вищезазначених та багатьох інших вчених, все ж таки потрібно зазначити відсутність комплексних наукових досліджень сучасних механізмів забезпечення ВПО житлом, у тому числі соціальним та житловими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання, що, безумовно, свідчить про актуальність даної проблематики.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є дослідження сучасної практики забезпечення ВПО соціальним житлом та житловими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання.

Виклад основного матеріалу. Верховною Радою України 20 жовтня 2014 р. було прийнято Закон України № 1706-VII «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» (далі – Закон № 1706-VII)[3], який, відповідно до Конституції та законів України, міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, встановлює гарантії дотримання прав, свобод та законних інтересів ВПО.

Одним із таких прав є гарантоване ст. 47 Конституції України право кожного на житло[4]. Відповідно до положень Основного Закону держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування (далі – ОМС) безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону.

На сьогоднішній день спеціальним законом, який визначає правові, організаційні та соціальні засади державної політики щодо забезпечення конституційного права соціально незахищених верств населення України на отримання житла, є Закон України «Про житловий фонд соціального призначення» від 12 січня 2006 р. № 3334-IV (далі – Закон № 3334-IV)[5]. Ґрунтовний аналіз Закону № 3334-IV дає підстави стверджувати, що він розповсюджує свою дію не на всіх громадян України, а лише на соціально незахищені верстви населення України. В основу соціальної незахищеності, що дає право на отримання житла з житлового фонду соціального призначення Законом № 3334-IV, фактично, закладаються два критерії, без додержання яких громадянин не має права на соціальне житло – це соціальний та майновий стан громадянина. Тобто право на отримання соціального житла мають громадяни України, які потребують соціального захисту, а саме ті особи, які через низький матеріальний рівень не можуть собі дозволити придбати або побудувати житло.

Варто зазначити, що до 2016 р. Закон № 3334-IV не розповсюджував свою дію та не закріплював правових гарантій отримання соціального житла з житлового фонду соціального призначення жодній категорії громадян з числа ВПО, правовий статус яких було визначено на законодавчому рівні ще у 2014 році. Тобто ВПО, в розумінні житлового законодавства, не визнавалися суб'єктами, які мали право на отримання соціального житла.

У зв'язку з прийняттям 03 листопада 2016 р. Закону України № 1731-VIII «Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності вищих навчальних закладів, наукових установ, переміщених з тимчасово окупованої території та з населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження»[6], сферу дії Закону № 3334-IV було розширено на ВПО з числа працівники тимчасово переміщених вищих навчальних закладів (далі – ТПВНЗ) та тимчасово переміщених наукових установ (далі – ТПНУ), які отримали право, за наявності довідки про взяття на облік ВПО, звертатися до ОМС за місцезнаходженням відповідного ТПВНЗ, ТПНУ. Однак реалізувати своє право вищезазначена категорія осіб з числа ВПО могла тільки за умови, що їхній середньомісячний сукупний дохід за попередній рік з розрахунку на одну особу в сумі був би меншим від величини опосередкованої вартості найму житла в даному населеному пункті та прожиткового мінімуму, встановленого законодавством. Разом із тим при визначенні середньомісячного сукупного доходу ВПО та членів його сім'ї враховувалась вартість майна, що знаходилася у власності ВПО, та членів його сім'ї на момент взяття на облік.

Внаслідок того, що переважна більшість ВПО з числа працівників ТПВНЗ, ТПНУ залишалися власниками майна, яке вони були змушені покинути внаслідок внутрішнього переміщення, вищезазначені особи фактично не могли отримати ані соціального житла, ані житлових приміщень у соціальних гуртожитках,

оскільки не відповідали вимогам для взяття їх на соціальний квартирний облік, про що автором наголошувалося у попередніх наукових дослідженнях[7].

У зв'язку з прийняттям 08 лютого 2018 р. Закону України № 2279-VIII «Про внесення змін до деяких законів України щодо захисту житлових прав дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, та осіб з їх числа»[8], сферу дії Закону № 3334-IV було розширено на дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, які досягли 16 років. Так, останнім було надано право зараховуватися на облік громадян, які потребують поліпшення житлових умов, і соціальний квартирний облік за місцем їх обліку як ВПО. Для кращого розуміння обґрунтованості прийняття вищезазначеного Закону звернемося до статистики. За оперативними даними, станом на 01 січня 2016 р. кількість дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, що є ВПО, становила понад 1,5 тис., 215 із яких протягом 2014–2015 рр. досягли 16-річного віку та мали право на взяття їх на квартирний облік громадян, що потребують поліпшення житлових умов[9]. Зрозуміло, що у 2019 р. ці показники збільшились, що, безумовно, підтверджує обґрунтованість внесення вищезазначених змін до Закону № 3334-IV.

Нарешті, у зв'язку з прийняттям 18 вересня 2018 р. Закону України № 2546-VIII «Про внесення змін до Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» щодо умов забезпечення житлом внутрішньо переміщених осіб» (далі – Закон № 2546-VIII)[10], сферу дії Закону № 3334-IV було розширено на всіх ВПО. Зокрема, право взяття на соціальний квартирний облік отримали ВПО, які не мають іншого житла для проживання на підконтрольній українській владі території або житло яких зруйновано (знищене) або пошкоджене до стану, непридатного для проживання, внаслідок проведення антитерористичної операції та здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях.

Зважаючи на те, що в основу соціальної незахищеності, що дає право на отримання житла з житлового фонду соціального призначення Законом № 3334-IV, фактично, закладаються два критерії, без додержання яких громадянин не має права на соціальне житло – це соціальний та майновий стан громадянина, про що зазначалося автором раніше, вимога щодо середньомісячного сукупного доходу ВПО та членів його сім'ї була додержана в Законі України № 2546-VIII. Так під час визначення середньомісячного сукупного доходу ВПО та членів її сім'ї враховується вартість майна, що перебуває у власності ВПО та членів її сім'ї на момент взяття на соціальний квартирний облік крім вартості майнових прав чи прав власності ВПО та членів її сім'ї на нерухоме майно, що розміщене на тимчасово окупованій території, в населених пунктах, які розташовані на лінії зіткнення або на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють своїх повноважень, а також на майно, яке зруйновано або стало непридатним для проживання внаслідок проведення антитерористичної операції та здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях.

Однозначно запровадження такого механізму врахування вартості майна, що перебуває у власності ВПО та членів її сім'ї, для визначення права взяття на соціальний квартирний облік, з точки зору механізму, спрощує шанс ВПО стати на соціальний квартирний облік, оскільки як зазначалося раніше, прив'язка до нерухомого майна ВПО, що розміщене на тимчасово окупованій території, в населених пунктах, які розташовані на лінії зіткнення або на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють своїх повноважень, була «каменем спотикання» у реалізації права ВПО з числа працівників ТПВНЗ, ТПНУ ставати на соціальний квартирний облік.

Варто зазначити, що, відповідно до ч. 2 Закону № 2546-VIII, Кабінет Міністрів України (далі – КМУ) протягом трьох місяців з дня набрання чинності цим Законом, а набрав він чинності 13 жовтня 2018 р., був зобов'язаний привести свої нормативно-правові акти у відповідність із цим Законом, у тому числі завершити розроблення порядку отримання у тимчасове користування житла для ВПО; забезпечити перегляд і приведення міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади їх нормативно-правових актів у відповідність із цим Законом. Втім, ці обов'язки КМУ виконав не у повному обсязі.

Так, станом на 01 грудня 2019 р. КМУ так і не привів у відповідність до вимог чинного законодавства України Порядок врахування вартості майна, що перебуває у власності громадина та членів його сім'ї, затверджений постановою КМУ від 23 липня 2008 р. № 682[11]. Наразі у вищезазначеному Порядку не передбачено жодного положення щодо механізму врахування вартості майна, що перебуває у власності ВПО та членів його сім'ї, для визначення їх права взяття на соціальний квартирний облік, на відміну від Закону № 3334-IV. У зв'язку з вищевикладеним вважаємо за доцільне привести вищезазначений Порядок у відповідність до вимог чинного законодавства України.

Також не було приведено у відповідність до вимог чинного законодавства України й Порядок взяття громадян на соціальний квартирний облік, їх перебування на такому обліку та зняття з нього, затверджений постановою КМУ від 23 липня 2008 р. № 682[12]. Наприклад, п. 2 вищезазначеного Порядку передбачає, що ВПО до заяви про взяття їх на соціальний квартирний облік повинні додати довідку про місце проживання та склад сім'ї , яку фактично ВПО отримати не можуть, оскільки проживають не за своїм зареєстрованим, у розумінні житлового законодавства, місцем проживання, а за фактичним місцем проживання, яке засвідчуються у довідці про взяття на облік ВПО. Зважаючи на те, що Закон України № 2546-VIII набув чинності 13 жовтня 2018 р., і вже пройшов досить тривалий час після цього, з метою уникнення колізій між нормативно-правовими актами вважаємо за доцільне привести Порядок взяття громадян на соціальний квартирний облік, їх перебування на такому обліку та зняття з нього у відповідність із Законом України № 2546-VIII.

У контексті даного дослідження неможливо оминути й питання різновидів черг на отримання соціального житла. Наразі Закон № 3334-IV передбачає право отримання соціального житла в порядку загальної черги, а також право позачергового та першочергового отримання квартир або садибних (одноквартирних) жилих будинків із житлового фонду соціального призначення громадянами. Так, право позачергового отримання житла із житлового фонду соціального призначення, за наявності в них права на отримання такого житла, мають, відповідно до Закону № 3334-IV, 12 категорій громадян, у той час як право першочергового отримання соціального житла належить 20 категоріям громадян. Для прикладу та розуміння реальної ситуації щодо місця ВПО у вищезазначених чергах потрібно зазначити, що право позачергового отримання соціального житла, за наявності в них права на отримання такого житла, з числа ВПО мають лише діти з інвалідністю, які є сиротами або батьки яких позбавлені батьківських прав і які проживають в установах соціального захисту населення, після досягнення повноліття. У свою чергу, право першочергового отримання квартир або садибних (одноквартирних) жилих будинків із житлового фонду соціального призначення з числа ВПО мають лише особи з інвалідністю I і II груп. Всі інші ВПО, за умови дотримання вимог щодо середньомісячного сукупного доходу, автоматично зараховуються до загальної черги, що значно ускладнює шанси ВПО найближчим часом отримати соціальне житло. Адже окремої черги винятково для ВПО Закон № 3334-IV не передбачає.

Навіть за умови взяття ВПО на соціальний квартирний облік потрібно чітко усвідомлювати, що це ще не гарантує отримання такого житла ВПО, оскільки практика перебування у соціальній квартирній черзі, так і не отримавши житла з житлового фонду соціального призначення в Україні добре відома. Наразі відсоток громадян, які отримали соціальне житло по відношенню до тих, які й досі перебувають на соціальному квартирному обліку, дорівнює менше 1 %, та, безумовно, з кожним роком буде зменшуватися, оскільки будівництво соціального житла для найбільш соціально незахищених верств населення в Україні вже протягом багатьох років не здійснюється. Крім цього, в Україні на державному рівні відсутня й офіційна інформація щодо реальної наявності (кількості) соціального житла та відповідно його якості, що, безумовно, зумовлює необхідність проведення його інвентаризації.

Сьогодні недостатність державного фінансування придбання чи будівництва житла за кошти місцевого (селищного, сільського) бюджету є непомірним навантаженням на бюджет, а тому практично в місцевому (селищному, сільському) бюджеті відсутні фінансові ресурси на згадані вище цілі, що призводить до майже повної втрати можливості поповнення житлового фонду соціального призначення в умовах зростання неабиякої потреби у ньому. Ситуація ускладнюється й неузгодженістю чинного законодавства, що значно зменшує можливості ОМС для формування житлового фонду соціального призначення.

Так, у зв'язку з прийняттям у 2011 р. Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності»[13], ОМС не мають права вимагати від замовників будівництва будь-яких послуг, передачу активів у будь-якій формі (матеріальній чи нематеріальній), передачу частини (відсоткової частки) площ прийнятих в експлуатацію об'єктів містобудування, крім пайової участі в розвитку інфраструктури населеного пункту, а також встановлювати будь-які додаткові обов'язкові платежі (відрахування), які не передбачені законодавством з питань оподаткування, під час будівництва об'єктів, що безумовно унеможливлює при введенні в експлуатацію житлових будинків надходження до ОМС житлових площ для задоволення потреб громадян у соціальному житлі. У той час, як кошти для формування житлового фонду соціального призначення за рахунок державного бюджету мають передбачатися щорічно Законом України про державний бюджет. Втім, ані в 2018 р., ані в 2019 р. таких коштів передбачено не було, відповідно й будівництво такого житла за рахунок держави не відбувалося. Отже, існуючий механізм не може забезпечити повною мірою житлові права громадян, що потребують соціального захисту, в тому числі й ВПО.

Як бачимо, незважаючи на проведення реформи децентралізації влади в Україні, в рамках якої ОМС було надано більше фінансових можливостей, проблема із вкрай низьким забезпеченням житлом громадян, які потребують поліпшення житлових умов, продовжує залишатися однією з найгостріших економічних і соціальних проблем в Україні. Сьогодні політика держави повинна бути спрямована на модернізацію державної житлової політики шляхом об'єднання зусиль держави та приватного капіталу, що дасть змогу будувати не тільки соціальне житло та, наприклад, здавати його в оренду з подальшим викупом, а й доступне.

Підсумовуючи вищевикладене, потрібно зазначити, що аналіз практичної реалізації Закону № 3334-IV дає підстави стверджувати, що на сьогоднішній день він фактично не працює та має декларативний характер, а тому не виконує своє основне призначення – забезпечення конституційного права соціально незахищених верств населення України на отримання соціального житла. Не вирішить вищезазначений Закон у такому форматі, в якому він зараз існує, й житлові проблеми ВПО.

Чіткі рамки Закону № 3334-IV визначають конкретний перелік осіб, які мають право на отримання соціального житла. Розширення сфери дії Закону № 3334-IV на ВПО ще не означає про їхнє переважне право в отриманні соціального житла перед іншими соціально незахищеними громадянами, які відповідно до Закону № 3334-IV мають право на його отримання. А тому міжнародна спільнота, яка допомагає Україні у вирішенні житлових проблем ВПО шляхом здійснення фінансування грантових проєктів ремонтно-будівельних робіт житлових об'єктів, що знаходяться у комунальній власності територіальних громад та об'єктів соціальної інфраструктури, повинна чітко усвідомлювати можливі ризики під час реалізації таких проєктів. Адже розповсюдженою є практикою, коли відремонтовані або реконструйовані житлові об'єкти надаються виключно ВПО у якості соціального житла або жилих приміщень у соціальних гуртожитках, оминаючи тим

самим громадян, які раніше за ВПО були взяті на соціальний квартирний облік та в порядку черговості мали б право отримати таке соціальне житло.

Зважаючи на те, що ми розглядаємо ВПО, як категорію громадян, правовий статус яких визначено на законодавчому рівні спеціальним Законом № 1706-VII, для задоволення їхніх житлових проблем повинні бути розроблені окремі (спеціальні) та дієві правові механізми реалізації останніми гарантованого Конституцією України, права на житло, у тому числі й на соціальне.

Не менш дискусійною, з точки зору даного дослідження, є ситуація із забезпеченням ВПО житловими приміщеннями для тимчасового проживання. Так, безумовно важливим кроком на шляху вирішення житлових проблем ВПО було внесення постановою КМУ від 17 січня 2018 р. (набрання чинності 23.01.2018 р.) № 20[14] змін до Порядку формування фондів житла для тимчасового проживання та Порядку надання і користування житловими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання, затверджених постановою КМУ від 31 березня 2004 р. № 422 (далі – Постанова № 422)[15]. Завдяки прийняттю вищезазначеної Постанови № 422 ВПО було включено до списку осіб, які мають право на отримання житлових приміщень з фондів житла для тимчасового проживання. Проте, на жаль, першочергового або переважного права на отримання вищезазначених житлових приміщень їм надано не було. Тобто ВПО були включені до так званої «загальної черги» і до них застосовувалася загальна вимога щодо розміру середньомісячного сукупного доходу сім'ї за попередні шість місяців, який повинен був бути меншим від прожиткового мінімуму на сім'ю з розрахунку на місяць та величини регіонального показника опосередкованої вартості найму житла. Тобто жодного спрощеного або виключного механізму реалізації ВПО права на житлові приміщення з фондів житла для тимчасового проживання законодавцем передбачено не було, про що автором зазначалося в попередніх дослідженнях[16].

Зважаючи на те, що Законом № 1706-VII, який регулює спеціальні відносини, пов'язані з правовим статусом ВПО, не передбачено жодних спрощених правових механізмів отримання ВПО соціального житла або житлових приміщень для тимчасового проживання, 26 червня 2019 р. КМУ було прийнято постанову «Про затвердження Порядку формування фондів житла для тимчасового проживання внутрішньо переміщених осіб і Порядку надання в тимчасове користування житлових приміщень з фондів житла для тимчасового проживання внутрішньо переміщених осіб» № 582 (далі – Постанова № 582)[17]. Вважаємо, що прийняття Постанови № 582 призвело до усунення найголовнішої прогалини у законодавстві України щодо забезпечення житлових прав ВПО, а саме закріпило ефективний правовий механізм надання ВПО житлових приміщень для тимчасового проживання та відповідно визначило коло повноважень ОМС у цій сфері.

Крім цього, прийняття Постанови № 582 заклало фундамент для розбудови єдиного та прозорого на всій території України правового механізму формування фондів житла для тимчасового проживання ВПО та, відповідно, прозорого механізму розподілу та надання житлових приміщень з цих фондів найбільш уразливим з числа ВПО особам. Відтепер ВПО, які не мають у власності житла на підконтрольній території України, або житло яких непридатне для проживання, мають право отримати житлове приміщення з фондів житла для тимчасового проживання ВПО, який формується для забезпечення тимчасовим житлом виключно ВПО.

Практичне впровадження положень Постанови № 582 забезпечить комплексний підхід до формування фондів житла для тимчасового проживання ВПО, оскільки передбачає не тільки можливість будівництва та придбання житла, а й реконструкцію існуючих будинків та гуртожитків, капітальний ремонт об'єктів житлового фонду, в тому числі об'єктів соціального призначення тощо. У зв'язку з цим одним із ключових пунктів Постанови № 582 є те, що джерелами фінансування формування фондів житла для тимчасового проживання ВПО можуть бути кошти державного, місцевого бюджетів, коштів міжнародних донорів, добровільних внесків фізичних і юридичних осіб, інших джерел, не заборонених законодавством, спрямованих на забезпечення ВПО житлом для тимчасового проживання, що значно розширює коло суб'єктів, які завдяки затвердженню Постанови № 582 отримали законні підстави та відповідні гарантії використання цільових коштів під час вирішення житлових проблем ВПО.

Ключовими пунктами Постанови № 582 можна назвати:

– правові підстави для формування ОМС, а у разі їх відсутності – відповідними військово-цивільними адміністраціям, фондів житла для тимчасового проживання ВПО на всій території України, а не тільки на тих територіях, які зазнали негативного впливу внаслідок збройного конфлікту на сході України;

– закріплення чіткого та виключного переліку документів для взяття на облік ВПО, які потребують надання житлового приміщення для тимчасового проживання, та регламентованої процедури подання уповноваженим органам цих документів, що базується на засадах відкритості та прозорості;

– закладення фундаменту для функціонування прозорого механізму діяльності Комісії, яка веде облік та визначає осіб, яким будуть надані житлові приміщення з фондів житла для тимчасового проживання ВПО, що, безумовно, забезпечить зниження корупційного ризику під час надання такого житла ВПО;

– впровадження справедливого та прозорого механізму бальної системи оцінювання потреб у житлі ВПО, з урахуванням якої здійснюється надання ВПО житлових приміщень з фондів житла для тимчасового проживання ВПО тощо.

Крім вищенаведеного потрібно зазначити, що реалізація положень Постанови № 582 забезпечить прискорення інтеграційних процесів ВПО на місцевому та регіональному рівнях, приведе до залучення інвестицій, додаткових коштів, державних субвенцій на розвиток соціальної інфраструктури регіонів та зрештою формування їх позитивного іміджу.

Однак на сьогоднішній день викликає занепокоєння, з правової точки зору, можливість виникнення правової колізії між Порядками, які затверджено Постановою № 582 та існуючими механізмами користування жилими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання, визначених ст. ст. 109, 132-1, 132-2 Житлового кодексу Української РСР[18] та Постановою № 422. Фактично, сьогодні спостерігається ситуацію одночасного існування двох різних механізмів використання житлових приміщень з фондів житла для тимчасового проживання, затверджених двома різними постановами КМУ. Вкрай важливим нині є також збільшення поінформованості ВПО щодо існуючих житлових програм та можливостей їхньої участі у даних програмах, у тому числі й щодо можливості отримання житлових приміщень з Фондів житла для тимчасового проживання виключно для ВПО. Також, у зв'язку з тим, що Постанову № 582 було прийнято не так вже давно (26.06.2019 р.), необхідним є дослідження сучасної практики її впровадження ОМС на місцях.

Висновки. У результаті проведеного дослідження вважається за доцільне:

1. У зв'язку з розширенням сфери дії Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» на ВПО привести у відповідність до вимог чинного законодавства України Порядок взяття громадян на соціальний квартирний облік, їх перебування на такому обліку та зняття з нього, затверджений постановою КМУ від 23 липня 2008 р. № 682 в частині скасування довідки про місце проживання та склад сім'ї в якості обов'язкового документа, який подається ВПО разом із заявою для взяття на соціальний квартирний облік.

2. У зв'язку з відсутністю на державному рівні офіційної інформація щодо реальної наявності (кількості) соціального житла та, відповідно, його якості провести інвентаризацію наявного в Україні соціального житла.

3. У зв'язку з прийняттям Постанови № 582 необхідним є розмежування цієї постанови та Постанови № 422 шляхом виключення ВПО зі складу суб'єктів, які мають право отримувати житлові приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання у порядку, встановленому Постановою № 422, за винятком тих ВПО, які вже отримали житло в такому фонді.

---

[1] Внутрішньо переміщені особи. *Офіційний веб-портал Міністерства соціальної політики України.* URL: https://www.msp.gov.ua/news/17989.html (дата звернення: 01.12.2019).

[2] Демографічний щорічник «Населення України» 2018 рік. *Офіційний веб-портал Державної служби статистики України*. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/publnasel_u.htm (дата звернення: 01.12.2019).

[3] Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 20.10.2014 р. № 1706-VII. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 1. Ст. 1.

[4] Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

[5] Про житловий фонд соціального призначення: Закон України від 12.01.2006 р. № 3334-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 19–20. Ст. 159.

[6] Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності вищих навчальних закладів, наукових установ, переміщених з тимчасово окупованої території та з населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження: Закон України від 03.11.2016 р. № 1731-VIII. *Відомості Верховної Ради***.** 2016. № 51. Ст. 840.

[7] Волкова А.О. Перспективи відображення принципу справедливості у житловій політиці держави щодо внутрішньо переміщених осіб в умовах сталого розвитку економіки України. *Вісник Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля.* 2018. № 2 (36). С. 73–86.

[8] Про внесення змін до деяких законів України щодо захисту житлових прав дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, та осіб з їх числа: Закон України від 08.02.2018 р. № 2279-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 11. Ст. 59.

[9] Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту житлових прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, та осіб з їх числа». *Веб-портал ЛІГА:ЗАКОН.* URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/gh3w500a?an=4&ed=2016_08_26 (дата звернення: 01.12.2019).

[10] Про внесення змін до Закону України «Про житловий фонд соціального призначення» щодо умов забезпечення житлом внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 19.09.2018 р. № 2546-VIII. *Відомості Верховної Ради.* 2018. № 43. Ст. 347.

[11] Порядок врахування вартості майна, що перебуває у власності громадина та членів його сім'ї: постанова Кабінету Міністрів України від 23.07.2008 р. № 682. *Офіційний вісник України*. 2008. № 56. Ст. 1885.

[12] Порядок врахування вартості майна, що перебуває у власності громадина та членів його сім'ї: постанова Кабінету Міністрів України від 23.07.2008 р. № 682. *Офіційний вісник України*. 2008. № 56. Ст. 1885.

[13] Про регулювання містобудівної діяльності: Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 34. Ст. 34.

[14] Про внесення змін до порядків, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 31 березня 2004 р. № 422: постанова Кабінету Міністрів України від 17.01.2018 р. № 20. *Офіційний вісник України*. 2018. № 10. Ст. 364.

[15] Про затвердження Порядку формування фондів житла для тимчасового проживання та Порядку надання і користування житловими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання: постанова Кабінету Міністрів України від 31.03.2004 р. № 422. *Офіційний вісник України*. 2004. № 14. Ст. 282.

[16] Волкова А.О. Вказана праця. С. 73–86.

[17] Порядок формування фондів житла для тимчасового проживання внутрішньо переміщених осіб та Порядок безоплатного надання у тимчасове користування житлових приміщень з фондів житла для тимчасового проживання внутрішньо переміщених осіб: постанова Кабінету Міністрів України від 26.06.2019 р. № 582. *Офіційний вісник України.* 2019. № 55. Ст. 1915.

[18] Житловий кодекс Української РСР: Закон України від 30.06.1983 р. № 5464-X. *Відомості Верховної Ради.* 1983. Додаток до № 28. Ст. 573.

References:

Vnutrishn`o peremishheni osoby`. *Oficijny`j veb-portal Ministerstva social`noyi polity`ky` Ukrayiny`*. URL: https://www.msp.gov.ua/news/17989.html (data zvernennya 01.12.2019) [in Ukrainian].

Demografichny`j shhorichny`k «Naselennya Ukrayiny`» 2018 rik. *Oficijny`j veb-portal Derzhavnoyi sluzhby` staty`sty`ky` Ukrayiny`*. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/druk/publicat/kat_u/publnasel_u.htm (data zvernennya 01.12.2019) [in Ukrainian].

Pro zabezpechennya prav i svobod vnutrishn`o peremishheny`x osib: Zakon Ukrayiny` vid 20.10.2014 № 1706-VII. *Vidomosti Verxovnoyi Rady`*. 2015. № 1. St. 1 [in Ukrainian].

Konsty`tuciya Ukrayiny`: Zakon Ukrayiny` vid 28.06.1996 № 254k/96-VR. *Vidomosti Verxovnoyi Rady` Ukrayiny`*. 1996. № 30. St. 141 [in Ukrainian].

Pro zhy`tlovy`j fond social`nogo pry`znachennya: Zakon Ukrayiny` vid 12.01.2006 № 3334-IV. *Vidomosti Verxovnoyi Rady` Ukrayiny`*. 2006. № 19–20. St. 159 [in Ukrainian].

Pro vnesennya zmin do deyaky`x zakoniv Ukrayiny` shhodo diyal`nosti vy`shhy`x navchal`ny`x zakladiv, naukovy`x ustanov, peremishheny`x z ty`mchasovo okupovanoyi tery`toriyi ta z naseleny`x punktiv, na tery`toriyi yaky`x organy` derzhavnoyi vlady` ty`mchasovo ne zdijsnyuyut` svoyi povnovazhennya: Zakon Ukrayiny` vid 03.11.2016 № 1731-VIII. *Vidomosti Verxovnoyi Rady`*. 2016. № 51. St. 840 [in Ukrainian].

Volkova, A.O. (2018). Perspekty`vy` vidobrazhennya pry`ncy`pu spravedly`vosti u zhy`tlovij polity`ci derzhavy` shhodo vnutrishn`o peremishheny`x osib v umovax stalogo rozvy`tku ekonomiky` Ukrayiny`. *Visny`k Sxidnoukrayins`kogo nacional`nogo universy`tetu imeni Volody`my`ra Dalya.* 2 (36), 73–86 [in Ukrainian].

Pro vnesennya zmin do deyaky`x zakoniv Ukrayiny` shhodo zaxy`stu zhy`tlovy`x prav ditej-sy`rit, ditej, pozbavleny`x bat`kivs`kogo pikluvannya, ta osib z yix chy`sla: Zakon Ukrayiny` vid 08.02.2018 № 2279-VIII. *Vidomosti Verxovnoyi Rady`*. 2018. № 11. St. 59 [in Ukrainian].

Poyasnyuval`na zapy`ska do proektu Zakonu Ukrayiny` «Pro vnesennya zmin do deyaky`x zakonodavchy`x aktiv Ukrayiny` shhodo zaxy`stu zhy`tlovy`x prav ditej-sy`rit ta ditej, pozbavleny`x bat`kivs`kogo pikluvannya, ta osib z yix chy`sla». *Veb-portal LIGA:ZAKON.* URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/gh3w500a?an=4&ed=2016_08_26 (data zvernennya 01.12.2019) [in Ukrainian].

Pro vnesennya zmin do Zakonu Ukrayiny` «Pro zhy`tlovy`j fond social`nogo pry`znachennya» shhodo umov zabezpechennya zhy`tlom vnutrishn`o peremishheny`x osib: Zakon Ukrayiny` vid 19.09.2018 № 2546-VIII. *Vidomosti Verxovnoyi Rady`*. 2018. № 43. St. 347 [in Ukrainian].

Poryadok vraxuvannya vartosti majna, shho perebuvaye u vlasnosti gromady`na ta chleniv jogo sim'yi: postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny` vid 23.07.2008 № 682. *Oficijny`j visny`k Ukrayiny`*. 2008. № 56. St. 1885 [in Ukrainian].

Poryadok vraxuvannya vartosti majna, shho perebuvaye u vlasnosti gromady`na ta chleniv jogo sim'yi: postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny` vid 23.07.2008 № 682. *Oficijny`j visny`k Ukrayiny`*. 2008. № 56. St. 1885 [in Ukrainian].

Pro regulyuvannya mistobudivnoyi diyal`nosti: Zakon Ukrayiny` vid 17.02.2011 № 3038-VI. *Vidomosti Verxovnoyi Rady` Ukrayiny`*. 2011. № 34. St. 34 [in Ukrainian].

Pro vnesennya zmin do poryadkiv, zatverdzheny`x postanovoyu Kabinetu Ministriv Ukrayiny` vid 31 bereznya 2004 № 422: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny` vid 17.01.2018 № 20. *Oficijny`j visny`k Ukrayiny`*. 2018. № 10. St. 364 [in Ukrainian].

Pro zatverdzhennya Poryadku formuvannya fondiv zhy`tla dlya ty`mchasovogo prozhy`vannya ta Poryadku nadannya i kory`stuvannya zhy`tlovy`my` pry`mishhennyamy` z fondiv zhy`tla dlya ty`mchasovogo prozhy`vannya: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny` vid 31.03.2004 № 422. *Oficijny`j visny`k Ukrayiny`*. 2004. № 14. St. 282 [in Ukrainian].

Poryadok formuvannya fondiv zhy`tla dlya ty`mchasovogo prozhy`vannya vnutrishn`o peremishheny`x osib ta Poryadok bezoplatnogo nadannya u ty`mchasove kory`stuvannya zhy`tlovy`x pry`mishhen` z fondiv zhy`tla dlya ty`mchasovogo prozhy`vannya vnutrishn`o peremishheny`x osib: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrayiny` vid 26.06.2019 № 582. *Oficijny`j visny`k Ukrayiny`*. 2019. № 55. St. 1915 [in Ukrainian].

Zhy`tlovy`j kodeks Ukrayins`koyi RSR: Zakon Ukrayiny` vid 30.06.1983 № 5464-X. *Vidomosti Verxovnoyi Rady`*. 1983. Dodatok do № 28. St. 573 [in Ukrainian].

Резюме

Волкова А.О. **Сучасна практика забезпечення внутрішньо переміщених осіб соціальним житлом та житловими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання.**

У статті досліджено сучасну практику забезпечення внутрішньо переміщених осіб соціальним житлом та житловими приміщеннями з фондів житла для тимчасового проживання. Визначені та проаналізовані проблемні аспекти реалізації внутрішньо переміщеними особами права на соціальне житло. З метою обліку соціального житла в Україні запропоновано визнати необхідним проведення його інвентаризації. Відображено ключові аспекти практичної реалізації внутрішньо переміщеними особами права на житлові приміщення з Фондів житла для тимчасового проживання виключно внутрішньо переміщених осіб.

Ключові слова: внутрішньо переміщені особи, право на житло, реалізація права на житло, фонд житла, соціальне житло, соціальний квартирний облік, житлові приміщення для тимчасового проживання.

Резюме

Волкова А.А. **Современная практика обеспечения внутренне перемещенных лиц социальным жильём и жилыми помещениями из фондов жилья для временного проживания.**

В статье исследована современная практика обеспечения внутренне перемещенных лиц социальным жильем и жилыми помещениями из фондов жилья для временного проживания. Определены и проанализированы проблемные аспекты реализации внутренне перемещенными лицами права на социальное жилье. С целью учета социального жилья в Украине предложено признать необходимым проведение его инвентаризации. Отображены ключевые аспекты практической реализации внутренне перемещенными лицами права на жилые помещения из Фонда жилья для временного проживания исключительно внутренне перемещенных лиц.

Ключевые слова: внутренне перемещенные лица, право на жилье, реализация права на жилье, фонд жилья, социальное жилье, социальный квартирный учет, жилые помещения для временного проживания.

Summary

Anastasia Volkova. **Current practice of providing internally displaced persons with social housing and accommodation from housing funds for temporary residence.**

The present article is dedicated to the current practices of providing the internally displaced persons with social housing and living premises from Funds for temporary living. The author comes to the conclusion that despite the implementation of the decentralization of power reform in Ukraine, within which the local self-government system gained more financial opportunities, the problem of extremely low housing provision for citizens in need of better living conditions continues to be one of the most pressing economic and social problems in Ukraine. It is emphasized that the issue of housing for internally displaced persons remains one of the most important for them. The article provides an in-depth analysis of the «transformation» of the Law of Ukraine "On Housing Fund for Social Purpose" taking into account contemporary socio-economic changes in the state and society. It is substantiated that the state policy should be aimed at modernization of the state housing policy by combining the efforts of the state and private capital, which will allow to build not only social housing and, for example, to lease it with further redemption, but also affordable. It is argued that currently the Law of Ukraine "On Housing Fund for Social Purpose" does not actually work and is declarative in nature, and therefore it does not fulfill its basic purpose – to ensure the constitutional right of socially vulnerable part of the population of Ukraine to receive social housing. If the abovementioned Law is not changed it will not solve the housing problems of internally displaced persons. In order to account the social housing in Ukraine, it is proposed to recognize the necessity of carrying out its inventory. The article reflects the key aspects of the practical implementation of internally displaced persons' right to housing from the Temporary Housing Funds exclusively for internally displaced persons. The need to increase the awareness of internally displaced persons about existing housing programs and their ability to participate in these programs, including the possibility of obtaining housing from Temporary Housing Funds exclusively for internally displaced persons, was emphasized.

Key words: internally displaced persons, right to housing, realization of the right to housing, housing stock, social housing, social housing records, accommodation for temporary residence.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.39

УДК 336.279

М.Д. ГИЧУН

Максим Дмитрович Гичун, *аспірант Київського університету права НАН України*[*]

ORCID: 0000-0003-1626-4521

БАНКРУТСТВО ДЕРЖАВНИХ ПІДПРИЄМСТВ У СВІТЛІ ЗАКОНОДАВЧИХ РЕФОРМ

Постановка проблеми. 21 жовтня 2019 р. набрав чинності Кодекс України з процедур банкрутства (далі – Кодекс) – кодифікований акт, який активно обговорювався науковцями протягом останніх півтора років, що покликаний регулювати умови та порядок відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом як юридичної особи, так і фізичної особи. Науковці поділилися на два табори – одні обстоюють думку про те, що це перший кодифікований акт щодо врегулювання неплатоспроможності (банкрутства) за всю історію незалежності України, який дасть поштовх для позитивних змін та піднесе інститут банкрутства на новий щабель, інші ж цілком справедливо вказують на прогалини, які містить Кодекс, та незворотні наслідки, що можуть настати після набрання ним чинності. Неоднозначним залишається також питання регулювання Кодексом умов та порядку відновлення платоспроможності чи визнання банкрутом державних підприємств.

Актуальність статті зумовлена набранням чинності Кодексом України з процедур банкрутства, а також тим, наскільки він покращить регулювання інституту банкрутства суб'єктів фінансово-господарських відносин, в тому числі й державних підприємств, а також мінімізує ризики зловживань та буде запобігати захопленню підприємств, закривши прогалини законодавства, які існували до набрання Кодексом чинності та вдало використовувалися «нечистими на руку» суб'єктами.

Хоча чинне законодавство й застаріло та має безліч прогалин, але воно розвивається. Прикладом є прийняття Кодексу України з процедур банкрутства, який передбачає, на думку законотворців, досить чітку та прозору процедуру банкрутства, що має високий рівень захисту боржників та кредиторів.

Адже інститут банкрутства, що зазвичай є останньою надією кредиторів, зазнає багато нарікань як від вітчизняних суб'єктів господарювання, так і від іноземних інвесторів[1]. Тому комплексний аналіз правового регулювання банкрутства державних підприємств надзвичайно важливий, а його результати можуть сприяти пошуку оптимальних концептуальних основ подальшого удосконалення вітчизняного законодавства.

Аналіз основних досліджень і публікацій. Правове регулювання процедури банкрутства державних підприємств здійснюється Господарським кодексом України, Господарським процесуальним кодексом України та новим кодифікованим актом – Кодексом України з процедур банкрутства.

© М.Д. Гичун, 2019

[*] ***Maksym Hychun****, Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

Питання банкрутства в Україні досліджувалися низкою вчених, зокрема такими, як: І. Бутирська, А. Бутирський, Ю. Кабенок, Б. Поляков, С. Жуков, Д. Донець, Л. Грабован О. Титова, П. Пригуза та інші.

Формулювання цілей статті. На підставі законодавства України, що регулює процедуру банкрутства, і практики його застосування, розглянути питання банкрутства державних підприємств, а саме в частині підходів Кодексу до регламентації банкрутства державних підприємств та виявлення умов, що покращують відновлення їх платоспроможності.

Виклад основного матеріалу. Аналізуючи норми Кодексу, не можна не погодитися з думкою професора Б. Полякова, щодо дефініції «суб'єкт банкрутства» та, зокрема, що це – боржник-юрособа, крім банків і казенних підприємств, який не припинив своєї діяльності, унесений до Єдиного державного реєстру, неспроможний виконати свої неоспорені й незадоволені грошові зобов'язання, термін виконання яких уже настав[2].

З усього цього випливає, що відкрити провадження про банкрутство можна не тільки щодо державних підприємств, які мають стратегічне значення для країни, а й щодо будь-якого органу державної влади – міністерства, поліції, прокуратури і, звичайно, суду разом з Вищою радою правосуддя й Вищою кваліфікаційною комісією суддів[3].

Крім того, для запобігання фіктивному банкрутству у Кодексі присутня ст. 90, яка дозволяє закрити провадження на будь-якій стадії. Як зазначає С. Жуков, головною новелою Кодексу, є те, що сутність та наявність неплатоспроможності аналізуються на початку справи. За старим законом неплатоспроможність доводилася лише на етапі визнання боржника банкрутом, винятком була процедура, що порушувалась за правилами ч. 5 ст. 11 Закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» за заявою самого боржника[4].

Крім того, до Кодексу були внесені зміни Законом України «Про визнання таким, що втратив чинність, Закону України «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації», зокрема щодо процедури санації державних підприємств, а саме щодо відчуження їх нерухомого майна.

Змінами до Кодексу передбачено, що у справах про банкрутство державних підприємств, у тому числі казенних підприємств, або акціонерних товариств, у статутному капіталі яких частка державної власності перевищує 50 відсотків, не застосовуються судова процедура санації, крім тих, що задіяні у виконанні державного оборонного замовлення, виробництві, розробленні, модернізації, ремонті, обслуговуванні озброєння та військової техніки, та судова процедура ліквідації, крім тих, що ліквідуються за рішенням власника протягом трьох років з дня набрання чинності цим Законом. Під час процедури санації нерухоме майно таких підприємств може бути відчужене лише у випадках, передбачених планом санації, погодженим з органом (суб'єктом), уповноваженим управляти державним майном[5].

Як слушно вказує І. Бутирська, на практиці існує чимало державних підприємств із великими боргами, але в силу включення таких боржників до переліку підприємств, що не підлягають приватизації, з ними по суті нічого не можна зробити, оскільки після процедури розпорядження майном застосування санації і ліквідації не допускається, а мирова угода укладається вкрай рідко. У результаті численні вимоги кредиторів таких підприємств так і залишаються незадоволеними[6].

Не відбулося змін у Кодексі, порівняно із Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (далі – Закон про банкрутство) в частині проведення аналізу фінансово-господарського стану державних підприємств. Так, проведенням аналізу фінансово-господарського стану державних підприємств щодо наявності ознак фіктивного банкрутства, доведення до банкрутства, приховування стійкої фінансової неспроможності, незаконних дій у разі банкрутства наділений Державний орган з питань банкрутства.

Крім того, джерела фінансування та порядок і умови їх здійснення у процедурі санації державних підприємств до порушення справи про банкрутство залишилися без змін. Що ж стосується попереднього погодження з органом, уповноваженим управляти державним майном плану санації, то й це положення Кодексу перегукується із Законом про банкрутство.

Так, проведення санації можливо, по-перше, як за рахунок коштів державного бюджету, а по-друге, за рахунок інших джерел фінансування, хоча якщо фінансування санації відбувається за другим способом, то її проведення відбувається за погодженням із суб'єктом управління об'єктами державної власності, порядом такого погодження встановлюється Кабміном. Коли ж боржник звернувся із заявою про відкриття провадження, то це не є підставою для припинення повноважень суб'єкта уповноваженого управляти майном боржника. Крім того, ще й суд залучає представників останнього до участі у справі про банкрутство, які в свою чергу можуть брати участь, тільки з правом дорадчого голосу, у зборах кредиторів та роботі комітету кредиторів.

Також, згідно з Кодексом, під час розгляду плану санації передбачається поділ конкурсних кредиторів на класи, тобто кредитори, які входять до тієї чи іншої черги, формують окремий клас кредиторів. Тоді як Закон передбачав поділ кредиторів, під час розгляду плану санації на окремі категорії і залежно від виду вимог та наявності (відсутності) забезпечення вимог.

У свою чергу, згідно з Кодексом, кредитор, вимоги якого підлягають включенню до двох і більше черг, підлягає включенню відповідно до двох і більше класів кредиторів.

Що ж до заходів, які може передбачати план санації, то тут порівняно із Законом відбулися не зміни, а, скоріше, доповнення. Так, Кодекс, порівняно із заходами, які були передбачені ст. 29 Закону, ще містить:

– задоволення вимог кредиторів в інший спосіб, що не суперечить цьому Кодексу;
– виконання зобов'язання боржника третіми особами;
– одержання позик та кредитів, придбання товарів у кредит.

Суттєві зміни відбулися у строках процедури санації. Так, раніше Законом про банкрутство передбачався строк санації терміном у шість місяців з можливим продовженням до дванадцяти місяців, тоді як Кодекс не передбачає окремий строк, для того щоб учасники розробили та погодили план санації. Усе це вони повинні зробити під час процедури розпорядження майном, інакше тоді суд переходить до процедури ліквідації. При тому, якщо план санації погоджено і відкрито процедуру санації, Кодекс не обмежує часом її тривалість, що є неоднозначним та суперечливим аспектом у відновленні платоспроможності боржника, оскільки це може носити безкінечний характер і мати ознаки законного рейдерства, адже інші особи користуватимуться майном боржника невизначений термін.

Відбулися зміни і в переліку судових процедур, які застосовуються до боржника. Так, чинний Кодекс скоротив судові процедури, виключивши з них мирову угоду. Тобто можна говорити про те, що процедура санації поглинула інститут мирової угоди. І це не виправдано, оскільки результатом затвердження господарським судом мирової угоди було закриття провадження, а тепер санація, тим паче не обмежена часом згідно з Кодексом, не завжди може використовуватися на благо боржника.

Вніс Кодекс зміни і щодо арбітражного керуючого. Так, погоджуємося з думкою Д. Донця щодо арбітражного керуючого, згідно з якою якщо раніше відсторонити його міг тільки суд, то тепер таку можливість отримав комітет кредиторів. Таке нововведення можна вважати мінусом: ступінь незалежності керуючого помітно зменшується, і більш переконливі кредитори зможуть повернути справу у вигідне для себе русло[7].

Крім того, відступив Кодекс і від тієї позиції, яка передбачалася Законом про банкрутство на рахунок поруки, як засобу запобігання банкрутства державних підприємств. Тобто Закон про банкрутство чітко передбачав поручителів (Кабінет Міністрів України, Рада міністрів Автономної Республіки Крим або органами місцевого самоврядування) та регламентував порядок, який визначався ч. 9–13 ст. 85 цього Закону про банкрутство, тоді як Кодекс не обмежується колом поручителів державних підприємств.

Кодексом взагалі не врегульовано питання банкрутства підприємств, у тому числі й державних, які знаходяться на тимчасово окупованих територіях Криму та Донбасу. Цілком підтримуємо думку Ю. Кабенок про те, що «необхідно запровадити таке поняття, як «зупинене банкрутство». Це означає, що провадження у справах про банкрутство щодо боржників, які знаходяться на тимчасово окупованих територіях, підлягає зупиненню господарським судом, в провадженні якого перебуває відповідна справа про банкрутство, до припинення окупації та повернення таких територій під контроль України. Ці провадження зупиняються на підставі ухвали господарського суду в кожній справі окремо[8].

Важко не погодитися з думкою Л. Грабован про те, що «норми Кодексу дозволяють дійти висновків про зменшення впливу та участі органу уповноваженого управляти державним майном у справах про банкрутство державних підприємств. Так, виключені положення: про обов'язковість погодження переліків ліквідаційної маси вказаними органами та неможливості продажу майна в ліквідаційній процедурі без такого погодження; щодо призначення членів ліквідаційної комісії та відповідно включення органу уповноваженого управляти державним майном до ліквідаційної комісії; щодо схвалення звіту ліквідатора власником майна (органом уповноваженого управляти державним майном) боржника державного підприємства. Вказані положення, безперечно, захищатимуть права кредиторів на задоволення їх вимог. Однак у ч. 6 ст. 51 Кодексу зазначено про обов'язок органу уповноваженого управляти майном боржника погоджувати план санації у справах про банкрутство державних підприємств, без встановлення строку та наслідків не виконання такого обов'язку. Зазначимо, що план санації потрібно розробити та подати на затвердження суду у процедурі розпорядження майном боржника (170 днів), а практика розгляду справ про банкрутство свідчить про наявність проблеми невиконання цими органами своїх обов'язків з розгляду плану санації у розумні строки[9].

Як зазначає О. Титова, суттєві новації у правовому регулюванні відносин банкрутства, які відбулися останнім часом в Україні, потребують продовження досліджень у цій сфері, у тому числі щодо державних підприємств і підприємств з державною часткою власності[10].

Крім того, потрібно врахувати досвід і всі недоліки попереднього законодавчого акта, який регулював процедуру банкрутства, зокрема все те, що стосується процедури санації, адже процедура санації може застосовуватися як спосіб отримання контролю над інвестиційно привабливими підприємствами. Так, зокрема, недосконаліть процедури контролю над арбітражними керуючими (розпорядниками майна, ліквідаторами) призводить до значної кількості зловживань[11].

Висновки. Виходячи з вищезазначеного, можна констатувати, що з прийняттям Кодексу процедури банкрутства зазнали значних змін. Звісно, не можна говорити про виключний позитивний вплив Кодексу на процедуру банкрутства державних підприємств та покращення умов для відновлення їх платоспроможності. Першочергово потрібно внести зміни та доповнення до Кодексу в частині заборони відкриття провадження про банкрутство щодо органів державної влади, унеможлививши зловживання в цьому аспекті. Потребує врегулювання належним чином процедура санації, зокрема її тривалість. Це буде сприяти запобіганню захопленню підприємств на законних підставах. Очевидною є необхідність врегулювання питання банкрутства підприємств, які знаходяться на окупованих територіях Криму та частинах Донецької та Луганської областей. Кодекс потребує подальшого удосконалення в цій частині, а теоретико-наукові напрацювання сприятимуть формуванню найбільш оптимальних механізмів правового регулювання процедури банкрут-

ства. Адже господарське законодавство сьогодні є однією з найдинамічніших галузей права в Україні і в світі.

---

[1] Бутирський А.А. Концепція удосконалення законодавства про неспроможність. URL: https://drive.google.com/file/d/1nOkLlH_iw_7Xv1KrD4GFKiuOklQS43UR/view (дата звернення: 28.12.2019 р.)

[2] Поляков Б.М.: Банкрутство та реструктуризація. URL: https://jurliga.ligazakon.net/ua/analitycs/186873_khto–borzhnikom-za-kodeksom-z-protsedur-bankrutstva-dumka-sudd (дата звернення: 27.11.2019 р.)

[3] Поляков Б.М.: Казус потенційної ліквідації. URL: https://zib.com.ua/ua/138072-za_kzpb_mozhna_zrobiti_bankrutom_budyakiy_derzhavniy_organ_.html (дата звернення: 27.12.2019).

[4] Жуков С. КзПБ – це кодекс великих можливостей, проте це і тест на зловживання правами. URL: https://zib.com.ua/ua/139958-kzpb__ce_kodeks_velikih_mozhlivostey_prote_ce_test_i_na_zlov.html (дата звернення: 24.12.2019).

[5] Про визнання таким, що втратив чинність, Закону України «Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації»: Закон України в редакції від 02.10.2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-20 (дата звернення: 30.11.2019).

[6] Бутирська І.А. Правовий статус учасників справи про банкрутство: монографія. Чернівці: Технодрук, 2017. С. 96.

[7] Донець Д. Новий кодекс про банкрутство запрацював: що він змінює для власників, топменеджерів і фізосіб. URL: https://www.epravda.com.ua/publications/2019/10/24/652903/ (дата звернення – 15.12.2019 р.)

[8] Кабенок Ю.В. Правове регулювання арбітражного управління в процедурі банкрутства в Україні. URL: http://www.iepd.kiev.ua/wp-content/uploads/2019/01/%D0%9A%D0%B0%D0%B1%D0%B5%D0%BD%D0%BE%D0%BA_%D0%94%D0%B8%D1%81%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F.pdf (дата звернення: 18.12.2019 р.)

[9] Грабован Л.І. Правовий статус кредиторів у Кодексі України з процедур банкрутства. URL: https://od.arbitr.gov.ua/sud5017/pres-centr/general/831057/ (дата звернення: 22.12.2019).

[10] Титова О.В. До питання про банкрутство державних підприємств та підприємств з державної часткою власності. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pchdu_2013_1_16/ (дата звернення: 22.12.2019).

[11] Пригуза П.Д. Доктрина права неплатоспроможності – чи потрібна вона Україні. URL: https://ks.arbitr.gov.ua/sud5024/8/8/744/ (дата звернення: 22.12.2019).

References:

Butyrska, I.A. (2017). Pravovyi status uchasnykiv spravy pro bankrutstvo: monohrafiia. Chernivtsi: Tekhnodruk [in Ukrainian].

Butyrskyi, A.A. (2019). Kontseptsiia udoskonalennia zakonodavstva pro nespromozhnist. URL: https://drive.google.com/file/d/1nOkLlH_iw_7Xv1KrD4GFKiuOklQS43UR/view [in Ukrainian].

Hrabovan, L.I. (2019). Pravovyi status kredytoriv u Kodeksi Ukrainy z protsedur bankrutstva. URL: https://od.arbitr.gov.ua/sud5017/pres-centr/general/831057/ [in Ukrainian].

Donets, D. (2019). Novyi kodeks pro bankrutstvo zapratsiuvav: shcho vin zminiuie dlia vlasnykiv, topmenedzheriv i fizosib. URL: https://www.epravda.com.ua/publications/2019/10/24/652903/ [in Ukrainian].

Zhukov, S. (2019). KzPB – tse kodeks velykykh mozhlyvostei, prote tse i test na zlovzhyvannia pravamy. URL: https://zib.com.ua/ua/139958-kzpb__ce_kodeks_velikih_mozhlivostey_prote_ce_test_i_na_zlov.html [in Ukrainian].

Kabenok, Yu.V. (2019). Pravove rehuliuvannia arbitrazhnoho upravlinnia v protseduri bankrutstva v Ukraini. URL: http://www.iepd.kiev.ua/wp-content/uploads/2019/01/%D0%9A%D0%B0%D0%B1%D0%B5%D0%BD%D0%BE%D0%BA_%D0%94%D0%B8%D1%81%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F.pdf [in Ukrainian].

Poliakov, B.M. (2019). Bankputstvo ta pestpuktupyzatsiia. URL: https://jurliga.ligazakon.net/ua/analitycs/186873_khto–borzhnikom-za-kodeksom-z-protsedur-bankrutstva-dumka-sudd [in Ukrainian].

Poliakov, B.M. (2019). Kazus potentsiinoi likvidatsii. URL: https://zib.com.ua/ua/138072-za_kzpb_mozhna_zrobiti_bankrutom_bud-yakiy_derzhavniy_organ_.html [in Ukrainian].

Pryhuza, P.D. (2019). Doktryna prava neplatospromozhnosti – chy potribna vona Ukraini. URL: https://ks.arbitr.gov.ua/sud5024/8/8/744/ [in Ukrainian].

Pro vyznannia takym, shcho vtratyv chynnist, Zakonu Ukrainy "Pro perelik obiektiv prava derzhavnoi vlasnosti, shcho ne pidliahaiut pryvatyzatsii": Zakon Ukrainy v redaktsii vid 02.10.2019 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-20 [in Ukrainian].

Tytova, O.V. (2013). Do pytannia pro bankrutstvo derzhavnykh pidpryiemstv ta pidpryiemstv z derzhavnoi chastkoiu vlasnosti. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pchdu_2013_1_16/ [in Ukrainian].

Резюме

Гичун М.Д. **Банкрутство державних підприємств у світлі законодавчих реформ.**

Стаття присвячена дослідженню банкрутства державних підприємств після набрання чинності Кодексом України з процедур банкрутства. Проведено аналіз національного законодавства в частині банкрутства державних підприємств, а також практики його застосування, розглянуто питання банкрутства державних підприємств, а саме в частині підходів Кодексу до врегулювання банкрутства державних підприємств та щодо виявлення умов, які покращують відновлення їх платоспроможності. Досліджено деякі аспекти Кодексу України з процедур банкрутства, що мають як позитивні, так і негативні риси.

Ключові слова: банкрутство, банкрутство державних підприємств, Кодекс України з процедур банкрутства.

Резюме

Гичун М.Д. **Банкротство государственных предприятий в свете законодательных реформ.**

Статья посвящена исследованию банкротства государственных предприятий, после вступления в силу Кодекса Украины из процедур банкротства. Проведен анализ национального законодательства в части банкротства государственных предприятий, а также практики его применения, рассмотрены вопросы банкротства государственных предприятий, а именно в части подходов Кодекса к урегулированию банкротства государственных предприятий и по выявлению условий, улучшают восста-

новление их платежеспособности. Исследованы некоторые аспекты Кодекса Украины из процедур банкротства, которые имеют как положительные, так и отрицательные черты.

Ключевые слова: банкротство, банкротство государственных предприятий, Кодекс Украины из процедур банкротства.

Summary

Maksym Hychun. **Bankruptcy of state-owned enterprises in the light of legislative reforms.**

The article is devoted to the investigation of bankruptcy of state-owned enterprises, in particular after the Bankruptcy Code of Ukraine came into force on October 21, 2019.

The opinions of scientists and their different points of view are presented, in particular that some insist that it is the first codified act on the settlement of insolvency (bankruptcy) in the whole history of Ukraine's independence, which will give impetus for positive changes and raise the bankruptcy institute. scientists - quite rightly point to the gaps contained in the Bankruptcy Code of Ukraine and the irreversible consequences that can occur after it enters into force. The analysis of the national legislation in the part of bankruptcy of state-owned enterprises, as well as the practice of its application, considered the issues of bankruptcy of state-owned enterprises, namely in terms of approaches of the Bankruptcy Code of Ukraine to the bankruptcy of state-owned enterprises and the identification of conditions that improve them. Some aspects of the Bankruptcy Code of Ukraine, which have both positive and negative features, are investigated. The article states that the positive influence of the Bankruptcy Code of Ukraine on bankruptcy of state-owned enterprises and improvement of conditions for restoration of their solvency cannot be clearly stated. First and foremost, it is essential to amend the Bankruptcy Code of Ukraine as part of the opening of bankruptcy proceedings against public authorities, preventing abuse in this aspect, and to fully regulate the rehabilitation procedure, in particular regarding its duration, so as to prevent the enterprise from being captured. legal grounds, as well as to regulate the bankruptcy of enterprises located in the occupied territories of Crimea and parts of Donetsk and Luhansk regions. Bankruptcy Code of Ukraine needs further improvement in this part, and theoretical and scientific developments will give impetus for the further development of the bankruptcy institute.

Key words: bankruptcy, bankruptcy of state-owned enterprises, Bankruptcy Code of Ukraine.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.40

УДК 340.5

Й.І. ІВАНЮК

Йосиф Ігорович Іванюк, *аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка*[*]

ORCID: 0000-0001-8917-8611

ВЕНЧУРНІ ФОНДИ ЯК ІНСТИТУТИ СПІЛЬНОГО ІНВЕСТУВАННЯ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ПРАВОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

Постановка проблеми. Інститути спільного інвестування (далі – ІСІ), зокрема, венчурні фонди (далі – ВФ), є вагомою частиною економік країн, що розвиваються, оскільки стимулюють здійснення інвестицій фізичними і юридичними особами та відіграють суттєву роль у розвитку молодих компаній, які будують свій бізнес на основі інновацій та інноваційних технологій (стартапи). Крім цього, використання ВФ для цілей законної оптимізації оподаткування чи як фінансових посередників у складі групи компаній є дуже поширеним явищем на ринку товарів і послуг, зокрема в Україні. Діяльність ВФ в Україні в цілому побудована відповідно до європейського зразка, проте все ще залишаються певні відмінності та недосконале правове регулювання, що є проблемою в розумінні приведення законодавства України до уніфікованих нормативних актів ЄС.

Предметом даного дослідження є аналіз та порівняння ВФ як ІСІ за законодавством України та правом ЄС на основі національного законодавства України та відповідних директив ЄС. Аналогічні дослідження в Україні практично відсутні, за винятком дисертаційної роботи І.Я. Полянської[1], наукових публікацій С.В. Глібка, Д.Й. Клапатого[2], І. Лобас[3], Ю.В. Сидоренко[4], С.О. Свіхрова, Р.В. Счастливцевої[5].

Метою публікації є вивчення загального правового регулювання діяльності ВФ та ІСІ в країнах ЄС, його порівняння з таким регулюванням в Україні і приведення пропозицій щодо вдосконалення зазначеного правового регулювання в Україні.

Виклад основного матеріалу.

І. Поняття і види венчурних фондів в Україні та ЄС

Спеціальним нормативно-правовим актом, що регулює діяльність ВФ, є Закон України «Про інститути спільного інвестування» від 05 липня 2012 р. № 5080-VI (далі – Закон). Так, венчурним фондом, відповідно до ч. 10 ст. 7 Закону, є недиверсифікований інститут спільного інвестування закритого типу, який здійснює виключно приватне розміщення цінних паперів інституту спільного інвестування серед юридичних та фізичних осіб.

© Й.І. Іванюк, 2019

[*] ***Yosyf Ivanyuk,*** *Postgraduate student of the Law Faculty of Ivan Franko National University of Lviv*

ВФ може бути створено як корпоративний фонд (далі – КФ) або пайовий фонд (далі – ПФ). Ключова різниця полягає в наступному. Юридична особа, яка утворюється у формі акціонерного товариства і провадить виключно діяльність із спільного інвестування, є КФ (ч. 1 ст. 8 Закону). У даному випадку корпоративний венчурний інвестиційний фонд буде вважатися юридичною особою, що створена у формі акціонерного товариства. ПФ – це сукупність активів, що належать учасникам такого фонду на праві спільної часткової власності, перебувають в управлінні компанії з управління активами та обліковуються нею окремо від результатів її господарської діяльності (ч. 1 ст. 41 Закону). ПФ створюється компанією з управління активами та не є юридичною особою, а лише сукупністю активів, якими розпоряджається компанія з управління активами (далі – КУА). Таким чином, КФ є повноцінною юридичною особою у той час як ПФ є лише сукупністю активів, які перебувають в управлінні КУА.

Основним законодавчим актом Європейського Союзу (далі – **ЄС**), що регулює спільне інвестування, є Директива Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу № 2009/65/ЕС від 13 липня 2009 р. (далі – Директива)[6]. Так, відповідно до ст. 1 цієї Директиви вона регулює діяльність щодо спільного інвестування в оборотні цінні папери (*англ. «transferable securities»*), створені в Державах-членах (далі – UCITS). Виходячи із положень ч. 2 ст. 1 Директиви, такою є діяльність щодо:

– єдиних об'єктів спільного інвестування в оборотні цінні папери або в інші ліквідні фінансові активи зазначені у ст. 50 (1) Директиви за рахунок капіталу, залученого від населення, і які діють за принципом поширення ризику;

– одиниць, які, на вимогу власників, викуповуються або погашаються, прямо чи опосередковано, з активів спільних інвестицій.

Зазначена вище інвестиційна діяльність, відповідно до ч. 3 ст. 1 Директиви, може здійснюватися у формі загального фонду (як фонду, що управляється *management companies*[7]), інвестиційного траст-фонду (відповідно до норм трастового права) або як інвестиційна компанія (відповідно до статуту/-ів).

Оборотними цінними паперами, в розумінні п. (n) ст. 2 Директиви, є: (i) частки у компаніях та інші цінні папери, що еквівалентні до часток у компаніях; (ii) облігації та інші форми боргових цінних паперів (*англ. «securitised debt»*); (iii) будь-які інші оборотні цінні папери, які можуть бути отримані шляхом придбання або обміну.

Насамкінець зазначимо, що дія Директиви не поширюється на: (i) спільні інвестиції закритого типу; (ii) спільні інвестиції, які фінансуються за рахунок капіталу без публічної реклами продажу їх одиниць (тобто цінних паперів, за рахунок яких фонд отримує інвестицію); (iii) спільні інвестиції, одиниці яких можуть бути продані, відповідно до правил фонду чи інструментів створення інвестиційної компанії, публічно у країнах третього світу; (iv) категорії спільних інвестицій, передбачені регуляторними актами країн – членів ЄС, у яких такі інвестиції створені, до яких не будуть застосовуватися правила Параграфу VII та ст. 83 Директиви з огляду на інвестиційну та боргову політику таких спільних інвестицій[8].

Таким чином, Директива не дає визначення поняття ВФ у якості самостійного суб'єкта інвестиційної діяльності[9], як і його видів, проте чітко визначає, що таке інвестиційна діяльність UCITS та наводить перелік юридичних форм, у яких така може бути здійснена. Якщо проводити аналогію, можна сказати, що аналогом UCITS в Україні є ІСІ відкритого типу. Такий висновок виникає з огляду на положення Директиви, які виключають її застосування до ІСІ закритих типів.

Пряме регулювання діяльності ВФ у ЄС здійснює Директива № 345/2013 про європейські венчурні фонди (далі – Директива EuVECA або EuVECA), прийнята 17 квітня 2013 року[10]. Виходячи зі змісту положень Директиви EuVECA, першопричиною її прийняття була необхідність захисту венчурного капіталу від деяких правил AIFMD[11] (далі – Директива AIFMD), які не підходять для сектору інвестицій через ВФ, як, наприклад, надто високих вимог до капіталу та обов'язку призначати депозитарія. Щоб вирішити цю проблему, європейські законодавці прийняли Директиву, яка дозволяє венчурним капіталістам розміщувати свої кошти (інвестувати) по усьому ЄС, при цьому не відповідаючи всім вимогам Директиви AIFM. Простіше кажучи, інвестиції через ВФ стосуються вкладання коштів у малий та середній бізнес (далі – МСП). Відтак, така форма інвестування повинна бути спрощеною, для чого й була прийнята Директива EuVECA.

Поряд із тим діяльність інвестиційних фондів у ЄС регулюється також Директивою AIFMD. Так, Директива AIFMD встановлює правила для акредитації (уповноваження), поточної роботи і прозорості менеджерів альтернативних інвестиційних фондів (далі – AIFMs), які керують і / або просувають альтернативні інвестиційні фонди (далі – AIFS) в ЄС[12]. У свою чергу, як зазначено у п. (a) ч. 1 ст. 4 Директиви AIFMD, альтернативні інвестиційні фонди *(alternative investment funds)* означають діяльність зі спільного інвестування, включно з діяльністю підрозділів альтернативних інвестиційних фондів (далі – AIF), яка:

– залучає капітал від певної кількості інвесторів з метою інвестування його відповідно до визначеної інвестиційної політики на користь цих інвесторів;

– не потребує акредитації (уповноваження) відповідно до ст. 5 Директиви[13].

При цьому, виходячи з п. 6 преамбули та ч. 2 ст. 2 Директиви AIFMD, вона застосовується до діяльності:

– альтернативних інвестиційних фондів як відкритого, так і закритого типу, якими, зокрема, є ВФ в ЄС відповідно до положень Директив AIFMD та EuVECA,

– загальних фондів (договірне право), інвестиційних траст-фондів (трастове право), інвестиційних компаній (статути) чи фондів утворених у будь-яких інших формах.

Так, у п. (b) ч. 1 ст. 4 Директиви AIFMD передбачено, що менеджерами AIF є юридичні особи, які провадять господарську діяльність з управління альтернативними інвестиційними фондами. Таким чином, можна проводити паралель між компаніями управління активами / акціонерними товариствами, які керують венчурними фондами, та менеджерами AIF в ЄС. Спільною рисою є те, що компанія управління активами чи акціонерне товариство є аналогом менеджера AIF в ЄС, проте чітке визначення юридичної форми менеджера AIF визначається за конкретним матеріальним правом держави – члена ЄС, де такий менеджер веде свою господарську діяльність (або на території якої в межах ЄС менеджер-нерезидент веде свою діяльність через підрозділ / дочірню компанію або фонд). Директива AIFMD так само визначає, що кожен альтернативний інвестиційний фонд (управлінець – юридична особа такого фонду) повинен бути акредитований (уповноважений) відповідно до положень цієї Директиви AIFMD та національного законодавства держави, де такий створений чи веде свою інвестиційну господарську діяльність[14].

У ст. 9 Директиви AIFMD містяться зобов'язання держав – членів ЄС щодо капіталу менеджерів AIF. Так, стандартною вимогою до розміру початкового капіталу внутрішніх AIF є 300 000 євро[15], проте у частині другій цієї статті є виняток, згідно з яким початковий капітал може становити 125 тис. євро в тому випадку, якщо менеджер AIF є зовнішнім менеджером (тобто організацією, що керує інвестиціями за принципом, схожим до того, який описаний у Законі щодо компаній управління активами / акціонерних товариств[16]). Якщо ж менеджер керує фондами, де портфоліо інвестицій перевищує 250 мільйонів євро, менеджер повинен забезпечити додаткову кількість власного капіталу в розмірі 0,02 % від суми перевищення, але не більше 10 мільйонів євро, але, водночас, власний капітал будь-якого менеджера AIF не може бути меншим розміру, передбаченого у ст. 21 Директиви 2006/49/ЕС[17], яким є еквівалент однієї чверті попередніх років фіксованих витрат[18].

На завершення слід охарактеризувати Директиву EuVECA, оскільки вона є спеціальною щодо кваліфікаційних венчурних фондів в ЄС та набрала чинності 1 травня 2018 року. Так, відповідно до ст. 1 Директиви EuVECA, вона застосовується до менеджерів спільних інвестицій по відношенню до просування венчурних капіталів у ЄС, таким чином, роблячи вклад у функціонування внутрішнього ринку. Водночас менеджери спільних інвестицій за Директивою EuVECA повинні відповідати наступним критеріям:

– активи, що ними управляються: (i) не повинні перевищувати суми у 100 мільйонів євро, або (ii) не повинні перевищувати суми у 500 мільйонів євро за умови, якщо протягом п'яти років з моменту здійснення першої інвестиції (перших інвестицій) не відбувається її (їх) погашення;

– вони повинні бути створені та вести діяльність в межах ЄС;

– вони повинні пройти акредитацію (уповноваження), що є різновидом ліцензування у країні ЄС своєї реєстрації;

– вони повинні управляти портфоліо кваліфікаційних венчурних фондів[19].

У розумінні Директиви EuVECA (ч. 2 ст. 2) кваліфікаційним венчурним фондом є спільна інвестиція:

– у розмірі щонайменше 70 % сукупних капітальних внесків і нецільового капіталу в активи, які є кваліфікованими інвестиціями, розраховані на основі сум, інвестованих після вирахування всіх відповідних витрат і запасів у грошовій формі та еквівалентах грошових коштів, яка має намір бути здійсненою у встановлені терміни відповідно до правил або установчих документів;

– яка не використовує більше 30 % своїх сукупних капітальних внесків і нецільового вкладеного капіталу для придбання активів, відмінних від кваліфікованих інвестицій, розрахованих на підставі сум, що можуть бути інвестовані після вирахування всіх відповідних витрат і запасів у грошовій формі та їх еквівалентах;

– яка здійснена на території держави – члена ЄС.

У випадку відповідності зазначеним вище основним критеріям та обмеженням менеджер AIF, зареєстрований в одній державі – члені ЄС, може просувати кваліфікаційні венчурні фонди у всіх інших державах – членах ЄС: (i) професійним клієнтам (замовникам); (ii) іншим інвесторам, які інвестують щонайменше 100 тисяч євро та які підтвердили, що ознайомлені з ризиками таких (такої) інвестицій (інвестиції); (iii) керівникам, директорам та співробітникам, які беруть участь в управлінні інвестиційних фондів[20].

Таким чином, можна дійти висновку, що альтернативним інвестиційним фондом в ЄС може бути ICI як закритого, так і відкритого типу, якщо відповідатиме ознакам та критеріям для AIF, визначеним Директивою AIFMD, а венчурний кваліфікаційний фонд, за правом ЄС, є видом альтернативного інвестиційного фонду, що управляється акредитованим менеджером та до якого можуть застосовуватися положення Директиви EuVECA. Директива EuVECA виставляє додаткові обмеження та критерії для венчурних капіталістів із метою спрощення ведення діяльності та просування венчурних інвестицій в державах – членах ЄС. У тому випадку, якщо венчурний фонд у ЄС не виконує вимог Директиви EuVECA в цілях ведення інвестиційної діяльності у спрощеній формі, такий буде вважатися повноцінним AIF та до нього застосовуватимуться положення Директиви AIFMD. Водночас Директива AIFMD не поширюється на ВФ, які діють відповідно до Директиви EuVECA (крім випадків, якщо це прямо передбачено в Директиві EuVECA). Аналогічне правило застосовне і до альтернативних інвестиційних фондів, що діють відповідно до Директиви AIFMD (крім випадків, якщо це прямо передбачено в Директиві).

II. Інвестиційна діяльність венчурних фондів в Україні та ЄС

Діяльність ВФ прямо залежна від активів, які може набувати ВФ. Положення про склад та структуру активів інституту спільного інвестування, затверджене Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 10 вересня 2013 р. № 1753, встановлює, що активи не можуть включати: (1) цінні папе-

ри, випущені компанією з управління активами, зберігачем активів ІСІ, Центральним депозитарієм цінних паперів, оцінювачем майна ІСІ та аудитором (аудиторською фірмою) такого ІСІ; (2) цінні папери інших ІСІ; (3) приватизаційні цінні папери; (4) договори про участь у фонді фінансування будівництва (ФФБ).

Виходячи із зворотного, ВФ вправі бути інвестором щодо будь-яких інших видів активів. У результаті можна зробити висновок, що до предмета діяльності ВФ законодавець поставився відносно лояльно та надав можливість такому ВФ здійснювати широко-профільну інвестиційну діяльність.

ВФ є недиверсифікованим і закритим ІСІ та здійснює виключно приватне розміщення цінних паперів, тобто проспект емісії та зміни до нього не оприлюднюються (ч. 10 ст. 7 Закону та абз. 3 ч. 2 ст. 52 Закону). Виходячи з положень ч. 10 та абз. 4 ч. 1 ст. 7 Закону закритість ВФ означає те, що ВФ чи компанія з управління активами ВФ не приймає на себе зобов'язань щодо викупу цінних паперів, емітованих таким ВФ (компанією з управління його активами), до моменту припинення ВФ. Таким чином, Закон прямо передбачає, що у випадку вкладення коштів у цінні папери ВФ, будь-які гарантії щодо повернення інвестицій на підставі емітованих та придбаних інвесторами цінних паперів ВФ відсутні, тобто в усіх випадках інвестування у венчурний фонд є високоризикованим, а єдиною гарантією для інвестора є репутація відповідного ВФ.

Отже, за законодавством України ВФ є недиверсифікованим ІСІ закритого типу, який здійснює виключно приватне розміщення цінних паперів серед юридичних та фізичних осіб. ВФ не є кваліфікаційним чи спеціальним, відтак, не має будь-яких вимог до структури активі, крім тих, що передбачені, загалом для ІСІ, у Положенні. Крім цього, ВФ не може вважатися диверсифікованим, оскільки не виконує усі чи хоча б одну з ознак, що притаманні диверсифікованим ІСІ, які передбачені у ч. 4 ст. 7 Закону.

У частині правового регулювання, яке може застосовуватися до ВФ на території ЄС, слід застосовувати Директиву, проте вона регулює лише загальні питання спільного інвестування, відповідно, на рівні національних нормативно-правових актів держав – членів ЄС вже встановлюються певні особливості правового регулювання, зокрема, щодо того, чи може ВФ бути закритого або відкритого типу, як і проспект емісії його обігових цінних паперів.

Актуальність питання про застосування Директиви до ВФ в Україні в контексті євроінтеграції зростає. Якщо змоделювати ситуацію, в якій Україна є державою – членом ЄС, то на рівні національного законодавства України дія Директиви не поширюватиметься на ВФ, оскільки Директива, відповідно до її ст. 3, не застосовується до інвестицій закритого типу. В Україні ВФ завжди закритого типу, а його проспект емісії є конфіденційним та публічно не розголошується. Отже, у майбутньому буде сенс у приведенні у відповідність до права ЄС національного законодавства України, зокрема, у відповідність до Директиви для усунення розбіжностей. Таку уніфікацію в контексті ВФ можна провести двома шляхами: (1) внесення змін до Закону в частині застосування Директиви до ВФ, що усувають критерії зазначені вище, які не дозволяють застосувати Директиву до ВФ, або (2) внесення змін до Закону, які розмежовуватимуть ВФ на закритого та відкритого типів.

ІІІ. Ліцензування, акредитація та зберігання активів венчурних фондів в Україні та ЄС

В Україні ВФ є фінансовою установою, оскільки п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України від 12 липня 2001 р. № 2664-ІІІ відносить до категорії фінансових установ інвестиційні фонди, але щодо ВФ ця норма закону є лише статусною та не має логічного підґрунтя. Так, це пояснюється тим, що ВФ фінансових послуг не надає, а здійснює інвестиційну діяльність, проте керування самими активами венчурного фонду здійснюється, відповідно до вимог Закону, компанією з управління активами – фінансовою установою. У результаті, ВФ не є суб'єктом ліцензування з питань надання фінансових послуг. Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з надання фінансових послуг (крім професійної діяльності на ринку цінних паперів), затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 7 грудня 2016 р. № 913, не виставляють жодних вимог щодо ліцензування інвестиційної діяльності ВФ як різновиду ІСІ, проте Ліцензійні умови провадження професійної діяльності на фондовому ринку (ринку цінних паперів) – діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами), затверджені Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – Комісія) від 23 липня 2013 р. № 1281, передбачають, що ліцензування діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами) здійснює Комісія, а компанія з управління активами, як один із суб'єктів ліцензування, може отримати ліцензію на провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами). Таким чином, інвестиційна діяльність ВФ не підлягає ліцензуванню, у той час як діяльність з керування активами ВФ, яку здійснює КУА, підлягає ліцензуванню Комісією. Додатковим аргументом на підтримку вищезазначеного є те, що відповідно до п. 3 Розділу І Положення про Державний реєстр фінансових установ, затвердженого Розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 28 серпня 2003 р. № 41 (у редакції розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 28 листопада 2013 р. № 4368) дія Положення поширюється на всіх юридичних осіб крім інститутів спільного інвестування.

Таким чином, за правом України ВФ є фінансовою установою, проте така норма закону є лише статусною, оскільки ВФ фінансові послуги не надає.

За правом ЄС спільні інвестиції не здійснюються без отримання відповідної акредитації, або, як це іменовано у ст. 5 Директиви – уповноваження від держави – члена ЄС. Таким уповноваженням є отримання у державі – члені ЄС відповідної ліцензії чи акредитації та належне виконання вимог національних регуляторних актів відповідної держави – члена ЄС. У частині другій ст. 5 Директиви йдеться про те, що аналог ком-

панії управління активами – *management company (в подальшому – «керуюча компанія»)* – повинна отримати акредитацію в державі – члені ЄС на керування активами того чи іншого фонду, затвердити правила фонду та депозитарію фонду. Власне, схожа практика щодо інститутів спільного інвестування, зокрема, щодо ВФ, працює і в Україні. Так, питання ліцензування компаній управління активами, як управителів активами ВФ, регулюється Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 23 липня 2013 р. № 1281[21] (далі – Рішення). Відповідно до п. 4 розділу І Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку (ринку цінних паперів) – діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами), ліцензію на провадження професійної діяльності на фондовому ринку – діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами) може отримати компанія з управління активами.

Слід зазначити, що ефективним є інститут депозитарію щодо спільних інвестицій, який також присутній в Україні, що прямо передбачено Законом. Так, відповідно до ч. 1 ст. 22 Директиви, активи спільного фонду повинні бути ввірені депозитарію для зберігання. Такий депозитарій є підзвітним акредитованій у відповідній державі – члені ЄС *management company* та несе відповідальність перед інвесторами за неналежне виконання своїх функцій із зберігання активів (ст. 24 Директиви). Крім цього, у ч. 3 ст. 22 Директиви передбачено перелік невиключних зобов'язань депозитарію. Так, до таких зобов'язань належать, зокрема, забезпечення того, щоб:

(i) продаж, випуск, викуп, погашення та анулювання емітованих цінних паперів, обрахунок їх вартості здійснювались відповідно до права, що застосовується та правил фонду,

(ii) виконання інструкцій керуючої компанії здійснювалось відповідно до права, що застосовується та правил фонду,

(iii) у операціях із залученням активів спільного фонду будь-яка компенсація була направлена до нього у звичайні терміни,

(iv) прихід доходу спільного фонду відповідав праву, що застосовується та правилам фонду.

Таким чином, норми українського права щодо правового регулювання ліцензування діяльності ВФ та право ЄС, в цілому, уніфіковані. Обом юрисдикціями притаманні спільні риси щодо ліцензування та наявності депозитарію в інститутів спільного інвестування. В умовах актуальності євроінтеграції, яка тягне за собою необхідність приведення норм права України у відповідність до права ЄС, можна стверджувати, що в частині ліцензування діяльності ВФ та наявності депозитарію національні закони України в цілому відповідають праву ЄС.

Висновки. Враховуючи викладене вище, можна виділити наступні спільні риси, притаманні ВФ в Україні та ЄС:

– діяльність ВФ чітко регламентована спеціальними нормативно-правовими актами, зокрема, в Україні – це Закон України «Про інститути спільного інвестування» від 05 липня 2012 р. № 5080-VI, в ЄС – Директива Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу № 2009/65/ЕС від 13 липня 2009 р., Директива EuVECA та Директива AIFMD;

– регуляторні акти ЄС та законодавство України щодо лояльно ставляться до об'єктів інвестування ВФ, тобто спектр інвестування коштів ВФ є дуже широким та фактично не обмеженим, проте інвестиції повинні здійснюватися в Україні з урахуванням норм Положення про склад та структуру активів інституту спільного інвестування, затвердженого Рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 10 вересня 2013 р. № 1753, в ЄС – з урахуванням зазначених вище директив та норм національного права країни – члена ЄС, куди здійснюються відповідні венчурні інвестиції;

– управитель ВФ, в будь-якому випадку, проходить процедуру акредитації або ліцензування, але якщо в Україні такі вимоги встановлені Законом України «Про інститути спільного інвестування» від 05 липня 2012 р. № 5080-VI, то в ЄС це питання регулюється зазначеними вище директивами на рівні уніфікованих правил для всіх країн – членів ЄС;

– законодавство України і право ЄС виставляє вимоги до початкового та власного капіталу управителя спільними інвестиціями.

Попри це, суттєвими є наступні відмінності щодо регулювання діяльності ВФ в Україні та ЄС:

– в Україні немає спрощених умов для діяльності венчурних фондів у частині здійснення інвестицій у малий та середній бізнес, натомість в ЄС, для таких цілей, 1 травня 2018 р. набрала чинності Директива EuVECA;

– в Україні не врегульовано питання просування пропозицій щодо інвестування, у той час в ЄС таке чітко врегульовано на рівні зобов'язань держав – членів ЄС, які приймаються такими на себе після набрання чинності директивами;

– Директива EuVECA висуває спеціальні вимоги до структури активів кваліфікаційного венчурного фонду, але якщо венчурний фонд в ЄС не веде діяльність відповідно до Директиви EuVECA, до нього будуть застосовуватися лише загальні правила Директиви AIFDM та національні закони держави – члена ЄС, де такий ВФ створено;

– право ЄС, за своєю сутністю, покладає зобов'язання на держав – членів ЄС щодо впровадження у національні закони положень та вимог директив, які регулюють спільне інвестування, але безпосередньо інвестиційну діяльність не регулює. Тобто першим у черзі впливу нормативно-правового акта є держава – член ЄС, а другим (через посередника у вигляді держави) самий інститут спільного інвестування.

З точки зору покращення інвестиційного клімату України буде доцільним запозичення у ЄС умов спрощення ведення інвестиційної діяльності для венчурних фондів в Україні, проте важко сказати, чи це матиме суттєвий вплив на розвиток законодавства щодо регулювання інвестиційної діяльності ВФ та на економіку нашої країни в цілому, оскільки, виходячи з положень Закону, ВФ в Україні має більш ніж достатньо свободи та вибору щодо об'єктів інвестування, а суттєвих вимог щодо структури активів ВФ законодавство України не виставляє.

Безумовно, що позитивним запозиченням в ЄС буде впровадження в Україні, на законодавчому рівні, правил просування об'єктів інвестування ВФ. Це суттєво вдосконалить правове регулювання інвестиційної діяльності та допоможе запобігати, превентивним способом, недобросовісній чи шахрайській діяльності у сфері інвестування через венчурні фонди.

---

[1] Полянська І.Я. Права інвесторів при здійсненні спільного інвестування: порівняння з європейськими правовими моделями: автореф. дис. … канд. юр. наук : 12.00.03. Тернопіль : ТНЕУ, 2017. 20 с. Автореферат дисертаційної роботи присвячено дослідженню природи прав інвесторів при здійсненні спільного інвестування та визначенні закономірностей правового регулювання статусу інвесторів ІСІ за законодавством України та законодавством зарубіжних, зокрема, західноєвропейських держав.

[2] Клапатий Д.Й. Поняття пайового інвестиційного фонду. *Актуальні проблеми держави і права*: зб. наук. праць. 2014. № 72. С. 212–218; Клапатий Д.Й. Пайовий інвестиційний фонд в структурі цивільного правовідношення. *Науковий вісник Херсонського державного університету.* Серія «Юридичні науки». 2014. № 5. С. 192–198; Клапатий Д.Й. Пайовий інвестиційний фонд як правова форма реалізації інвестицій. *Європейські перспективи*. 2014. № 10. С. 153–160.

[3] Лобас Інна. Зарубіжний досвід державної підтримки венчурного інвестування інноваційної діяльності. *Вісник Національної академії державного управління.* 2012.

[4] Глібко С.В., Сидоренко Ю.В. Питання правового регулювання інвестиційних фондів в ЄС. *Теорія і практика правознавства.* 2015. Вип. 1 (7).

[5] Свіхров С.О., Счастливцева Р.В. Щодо необхідності приведення зобов'язань із здійснення діяльності інституційних інвесторів в Україні до законодавства Європейського Союзу. *Ф_П* 2016-5.

[6] REGULATION (EU) No 2009/65/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 July 2009 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS). *Official Journal of the European Union 2 L 302/3* від 17.11.2009 р.

[7] *Management company* означає компанію, постійним бізнесом якої є управління спільними інвестиціями (UCITS) у формах загального фонду або інвестиційних компаній *(Оригінал: 'management company' means a company, the regular business of which is the management of UCITS in the form of common funds or of investment companies (collective portfolio management of UCITS))* – відповідно до ст. 1 Директиви (REGULATION (EU) No 345/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2013 on European venture capital funds. *Official Journal of the European Union L 115/1* від 25.04.2013 р.).

[8] Стаття 3 Директиви (REGULATION (EU) No 2009/65/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 July 2009 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS). *Official Journal of the European Union 2 L 302/3* від 17.11.2009 р.).

[9] У розділі III цієї статті наведено дефініцію поняття кваліфікаційного венчурного фонду в розумінні Директиви EuVECA, проте ця дефініція не є загальною та уніфікованою для цілей визначення поняття ВФ, загалом, в ЄС. Дзеркально протилежним прикладом загального та уніфікованого визначення поняття венчурного фонду є українське визначення поняття ВФ, яке наведено в Законі.

[10] REGULATION (EU) No 345/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2013 on European venture capital funds. *Official Journal of the European Union L 115/1* від 25.04.2013 р.

[11] AIFMD – Alternative Investment Fund Managers Directive No 2011/61/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2011. *Official Journal of the European Union L 174/1* від 01.07.2011 р.

[12] Ibid, ст. 1.

[13] Статтею 5 Директиви (REGULATION (EU) No 2009/65/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 July 2009 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS). *Official Journal of the European Union 2 L 302/3* від 17.11.2009 р.) передбачено зобов'язання держав членів ЄС щодо акредитації (уповноваження) інститутів спільного інвестування, що, по суті, є аналогом ліцензування компаній управління активами в Україні відповідно до Рішення.

[14] Статті 5–8, 10–11 Директиви AIFMD (Alternative Investment Fund Managers Directive No 2011/61/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2011. Official Journal of the European Union L 174/1 від 01.07.2011 р.

[15] Виходячи із змісту ч. 1 ст. 5 та ч. 1 ст. 9 Директиви AIFMD (Alternative Investment Fund Managers Directive No 2011/61/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2011. *Official Journal of the European Union L 174/1* від 01.07.2011 р., внутрішнім AIF є фонд, де менеджер-юридична особа такого фонду тотожна самому фонду.

[16] Такий висновок випливає із змісту ч. 1 ст. 5 та ч. 2 ст. 9 Директиви AIFMD (Alternative Investment Fund Managers Directive No 2011/61/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2011. *Official Journal of the European Union L 174/1* від 01.07.2011 р.

[17] Директива 2006/49/ЕС – DIRECTIVE 2006/49/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 14 June 2006 on the capital adequacy of investment firms and credit institutions (recast). *Official Journal of the European Union № L 177/2*01 від 30.06.2006 р.

[18] Частина 3, ч. 5 ст. 9 Директиви AIFMD (Alternative Investment Fund Managers Directive No 2011/61/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 8 June 2011. *Official Journal of the European Union L 174/1* від 01.07.2011 р.

[19] Стаття. 1 Директиви EuVECA (REGULATION (EU) No 345/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2013 on European venture capital funds. *Official Journal of the European Union L 115/1* від 25.4.2013 р.

[20] Розділ II, III Директиви EuVECA (REGULATION (EU) No 345/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2013 on European venture capital funds. *Official Journal of the European Union L 115/1* від 25.4.2013 р.).

[21] Про затвердження Ліцензійних умов провадження професійної діяльності на фондовому ринку (ринку цінних паперів) – діяльності з управління активами інституційних інвесторів (діяльності з управління активами): рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 23.07.2013 р. № 1281.

References:

Polianska, I.Y. (2017). Prava investoriv pry zdiysnenni spilnoho investuvannia: porivniannia z yevropeiskymy pravovymy modeliamy [Tekst]: avtoref. dys. na zdobuttia nauk. stupenia kand. yur. nauk: spets. 12.00.03 – tsyvilne pravo i tsyvilnyy protses; simeyne pravo; mizhnarodne pryvatne pravo. Ternopil: TNEU, 2017, 20 [in Ukrainian].

Klapatyy, D.Y. (2014). Ponyattya payovoho investytsiynoho fondu. *Aktual'nì problemi deržavi ì prava. Zbirnyk naukovykh prats,* 72, 212–218 [in Ukrainian].

Klapatyy, D.Y. (2014). Payovyy investytsiynyy fond v strukturi tsyvilnoho pravovidnoshennia. *Naukovij vìsnik Hersons'kogo deržavnogo unìversitetu. Serìâ Ûridičnì nauki,* 5, 192–198 [in Ukrainian].

Klapatyy, D.Y. (2014). Payovyy investytsiynyy fond yak pravova forma realizatsii investytsi. *Êvropejs'kì perspektivi,* 10, 153–160 [in Ukrainian].

Hlibko, S.V., & Sydorenko, Yu.V. (2015). Pytannya pravovoho rehulyuvannia investytsiynykh fondiv v YES [Elektronnyy resurs]. Teorìâ i praktika pravoznavstva, 1 (7). Retrieved from: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=tipp_2015_1_14 [in Ukrainian].

Svikhrov, S.O., & Shchastlyvtseva, R.V. (2016). Shchodo neobkhidnosti pryvedennia zobovyazan iz zdiisnennia diyalnosti instytutsinykh investoriv v Ukraini do zakonodavstva Yevropeyskoho Soiuzu [Elektronnyy resurs]. *Forum prava,* 2016-5. Retrieved from: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=FP_index.htm_2016_5_4 [in Ukrainian].

Inna Lobas (2012). Zarubizhnyi dosvid derzhavnoi pidtrymky venchurnoho investuvannia innovatsiynoi diyalnosti [Elektronnyy resurs]. *Vìsnik Nacìonal'noï akademìï deržavnogo upravlìnnâ pri Prezidentovì Ukraïni,* 2012. Retrieved from: http://visnyk.academy.gov.ua/wp-content/uploads/2013/11/2012-1-24.pdf [in Ukrainian].

Verkhovna Rada Ukrainy (2012). Pro instytuty spil′noho investuvannia: Zakon Ukrainy vid 05.07.2012 No. 5080-VI. Updated: 06.01.2018. Retrieved from: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5080-17 [in Ukrainian].

Natsionalna komisia z tsinnykh paperiv ta fondovoho rynku (2013). Polozhennia pro sklad ta strukturu aktyviv instytutu spilnoho investuvannia: Rishennia vid 10.09.2013 No. 1753. Updated: 22.03.2019. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1689-13 [in Ukrainian].

Verkhovna Rada Ukrainy (2001). Pro finansovi posluhy ta derzhavne rehulyuvannia rynkiv finansovykh posluh: Zakon Ukrainy vid 12.07.2001 No. 2664-III. Updated: 07.02.2019. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14 [in Ukrainian].

Derzhavna komisia z rehulyuvannia rynkiv finansovykh posluh Ukrainy (2003). Polozhennia pro Derzhavni reyestr finansovykh ustanov zatverdzhene Rozporiadzhenniam vid 28.08.2003 No. 41 (u redaktsii rozporiadzhennia Natsionalnoi komisii, shcho zdisniuie derzhavne rehulyuvannia u sferi rynkiv finansovykh posluh vid 28.11.2013 r. № 4368). Updated: 07.03.2019. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0797-03 [in Ukrainian].

European Parliament, European Council (2009). Regulation (EU) No 2009/65/EC dd 13 July 2009 On the Coordination of Laws, Regulations and Administrative Provisions Relating to Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities (UCITS). *Official Journal of the European Union, 2 L 302/3,* 17.11.2009. Retrieved from: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0065&from=EN

European Parliament, European Council (2011). Alternative Investment Fund Managers Directive No. 2011/61/EU dd 8 June 2011. *Official Journal of the European Union, L 174/1,* 01.07.2011. Retrieved from: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0061&from=EN

European Parliament, European Council (2006). Directive 2006/49/EC dd 14 June 2006 On the Capital Adequacy of Investment Firms and Credit Institutions (Recast). *Official Journal of the European Union, L 177/201,* 30.06.2006. Retrieved from: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0049&from=EN

European Parliament, European Council (2013). Regulation (EU) No. 345/2013 dd 17 April 2013 On European Venture Capital Funds. *Official Journal of the European Union, L 115/1, 25.04.2013.* Retrieved from: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0345&from=EN

Резюме

Іванюк Й.І. **Венчурні фонди як інститути спільного інвестування за законодавством України та правом Європейського Союзу: загальна характеристика.**

У даній статті здійснено аналіз та порівняння венчурних фондів як різновидів інститутів спільного інвестування за законодавством України та правом Європейського Союзу, наведено пропозиції щодо вдосконалення правового регулювання венчурного інвестування в Україні.

Ключові слова: венчурний фонд, інститут спільного інвестування, цінні папери, право, інвестиційна діяльність, ЄС.

Резюме

Иванюк И.И. **Венчурные фонды как институты совместного инвестирования за законодательством Украины и правом Европейского Союза: общая характеристика.**

В данной статье осуществлен анализ и сравнение венчурных фондов как разновидностей институтов совместного инвестирования за законодательством Украины и правом Европейского Союза, приведены предложения по совершенствованию правового регулирования венчурного инвестирования в Украине.

Ключевые слова: венчурный фонд, институт совместного инвестирования, ценные бумаги, право, инвестиционная деятельность, ЕС.

Summary

Yosyf Ivanyuk. **Venture Capital Funds as Joint Investment Institutes under the Legislation of Ukraine and Regulations of the European Union: General Characteristics.**

Joint investment institutes, in particular, venture capital funds, constitute a significant part of the economies of developing countries, as they stimulate the investment of individuals and legal entities and play an essential role in the development of young companies that are building their business on the basis of innovations and innovative technologies (start-ups). In addition, the use of venture capital funds for legitimate tax optimization or as financial intermediaries within the group of companies is a very common phenomenon on the market of goods and services, in particular, in Ukraine. The activities of the venture capital funds in Ukraine as a whole are constructed in accordance with the European model, but there are still some differences and imperfect legal regulation, which is a problem in understanding the approximation of Ukrainian legislation to unified EU regulations.

The subject of the article is s‘ř-»NiO–{q-VTX]]_YFVF{ř»F{ř-»NtO–{ZW`_YFVF{ř-»ЬSř-»cVWeSWVY–{q-VTY[X]]FVF{ř-»NkO–{q-V

мін «звільнення» стосується безпосередньо працівника. Іншими словами, може бути звільнено виключно працівника, даний термін не вживається щодо трудових правовідносин чи трудового договору[4]. Відповідно, термін «припинення» не може стосуватись посади державної служби, і саме тому законодавець у даному контексті вживає поняття «звільнення з посади». Таке ж розуміння знаходить підтвердження і у працях інших науковців. Наприклад, В.В. Жернаков наголошує, що поняття «звільнення» вживається стосовно працівника та за змістом є синонімом до терміна «припинення трудового договору»[5], а Н.М. Хуторян, зазначаючи, що звільнення з роботи в усіх випадках є тотожним із терміном «припинення трудового договору», доходить також висновку, що поняттю «звільнення» притаманна сама процедура технічного оформлення припинення трудових правовідносин[6]. Усе вищенаведене дає змогу зробити висновок про припустимість вживання терміна «звільнення» щодо державних службовців, незважаючи на те, що Закон України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII[1] закріплює термін «припинення державної служби». Тобто звільнення державного службовця за своєю сутністю є припиненням державної служби, але при цьому даний термін позначає процедуру технічного оформлення припинення трудових правовідносин із державним службовцем.

Ф.А. Цесарський, дотримуючись схожої думки, доходить висновку, що звільнення працівника є припиненням трудового договору та визначає процедуру припинення трудових відносин. На думку вченого, юридичний факт звільнення складається з комплексу узгоджених дій роботодавця та працівника, у результаті яких відбувається припинення трудових відносин між ними, погашення їхніх взаємних прав та обов'язків, обумовлених трудовим договором, змінюється соціально-правовий статус працівника, який перестає бути найманим працівником цього роботодавця, а роботодавець позбавляється дисциплінарної влади щодо колишнього працівника. Окрім цього, слушною є висновок науковця, що звільнення як комплекс узгоджених дій працівника й роботодавця здійснюється в просторі, обмеженому організацією роботодавця, та в часі, початком якого є перший день процедури звільнення, а кінцем – останній день роботи[7]. Отже, визначаючи поняття «звільнення», а також його механізм, варто враховувати наступне: по-перше, звільнення являє собою комплекс узгоджених дій роботодавця та працівника; по-друге, дії сторін трудових правовідносин при звільненні спрямовуються на погашення обов'язків працівника та роботодавця один перед одним (наприклад, державний службовець має право звільнитися зі служби за власним бажанням, попередивши про це суб'єкта призначення у письмовій формі не пізніш як за 14 календарних днів до дня звільнення, а отже, він бере на себе обов'язок відпрацювати цих два тижні); по-третє, звільнення означає зміну соціально-правового статусу сторін правовідносин стосовно один одного; по-четверте, із позиції Ф.А. Цесарського можна зробити висновок про те, що існування механізму звільнення державних службовців хронологічно обмежується початком процедури звільнення та останнім днем роботи.

У свою чергу, на переконання В.Р. Шишлюк, поняття «звільнення» можна тлумачити як комплекс взаємопов'язаних процедурних дій роботодавця щодо працівника, спрямованих на здійснення юридичного оформлення припинення трудових відносин, що включає в себе виникнення обставин, які зумовлюють припинення трудового договору, видання наказу чи розпорядження роботодавцем із вказівкою на підставу звільнення згідно із законом, видачу належним чином оформленої трудової книжки та проведення остаточного розрахунку з працівником[8]. По суті, не зважаючи на інакшу форму вираження думок, підхід В.Р. Шишлюк є аналогічним до попередніх проаналізованих, за винятком того, що сама процедура визначається як одностороння – її здійснює роботодавець. Але разом із тим, як нами з'ясовано, звільнення передбачає участь обох сторін трудових правовідносин, оскільки на працівника також покладається ряд обов'язків, пов'язаних із процедурою звільнення. Також варто враховувати, що сам працівник може її ініціювати.

Отже, слід зробити наступні висновки щодо співвідношення понять «звільнення» та «припинення» у контексті звільнення державних службовців. Так, терміни «звільнення» та «припинення трудового договору» у загальнотеоретичному (енциклопедичному) розумінні є синонімічними, проте у контексті науки трудового права та законодавства про працю існують відмінності щодо їх вживання й застосування. Термін «припинення» належить до трудового договору, адже припиняється саме трудовий договір, а термін «звільнення» – безпосередньо до працівника, тобто працівники звільняються. Так само термін «припинення» не може стосуватись посади державної служби, тому законодавець у даному контексті вживає поняття «звільнення з посади». Співвідносячи ці два поняття, варто зробити висновок про те, що звільнення являє собою комплекс процедурних дій, спрямованих на припинення трудових правовідносин. Тобто припинення трудового договору є тривалою процедурою, яку становить комплекс різноманітних дій, результатом якої є звільнення працівника. Отже, здійснюючи співвідношення термінів «припинення державної служби» та «звільнення державних службовців», зробимо висновок, що звільнення державних службовців являє собою комплекс процедурних дій, спрямованих на припинення державної служби.

Таким чином, дослідивши вищенаведені поняття та виходячи зі специфіки державної служби як різновиду врегульованих правом відносин, можна зробити висновок, що звільнення державних службовців – це врегульований нормами права комплекс взаємопов'язаних узгоджених процедурних дій однієї сторони, в особі керівника державної служби, та іншої, державного службовця, спрямованих на погашення обов'язків керівника державної служби та державного службовця один перед одним та юридичне оформлення припинення трудових правовідносин державного службовця із підстав, передбачених чинним законодавством про державну службу, що включає виникнення обставин, які зумовлюють припинення державної служби, видання наказу чи розпорядження керівником державної служби про припинення державної служби, видачу

належним чином оформленої трудової книжки та проведення остаточного розрахунку, наслідком якого є зміна соціально-правового статусу сторін правовідносин державної служби стосовно один одного.

Термін «механізм» визначається у Великому тлумачному словнику сучасної української мови як внутрішня будова, система чого-небудь; метод, спосіб; сукупність станів і процесів, з яких складається певне явище[3]. Співвідносячи поняття «механізм припинення державної служби» та «механізм звільнення державних службовців», на основі зробленого нами висновку щодо співвідношення термінів «припинення державної служби» та «звільнення державних службовців» можна висловити думку, що механізм припинення державної служби є складовою механізму звільнення державних службовців, адже під час звільнення державних службовців реалізовується комплекс дій щодо припинення державної служби. Виходячи із наведеного загальнотеоретичного розуміння, під механізмом звільнення державних службовців варто розуміти будову даного механізму, тобто усі процеси, які відбуваються під час звільнення державного службовця з моменту, коли ним чи керівником державної служби було прийнято рішення про звільнення державного службовця, до моменту, коли державна служба фактично припиняється.

Юридична наука розглядає поняття «механізм» схожим чином. Також зазначимо, що у цілому підходи науковців щодо розуміння сутності даного поняття сходяться. Наприклад, колектив авторів під керівництвом В.В. Копєйчикова та С.Л. Лисенкова визначає механізм як «сукупність правових засобів, з допомогою яких поведінка суб'єктів суспільних відносин приводиться у відповідність із приписами, що містяться в нормах права»[9]. Дотримуючись такого підходу, можна зробити наступні висновки щодо сутності механізму звільнення державних службовців.

По-перше, його становить сукупність правових засобів. Для встановлення того, якими можуть бути такі засоби, звернемось до положень Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII[1]. Так, ст. 86 вказаного Закону врегульовується питання припинення державної служби за ініціативою державного службовця або за згодою сторін. Отже, державний службовець у цьому випадку звільняється за власною ініціативою у разі наявності у нього такого бажання або ж у разі досягнення домовленості про це із керівником державної служби. У положеннях цієї статті зазначено, що державний службовець має право звільнитися зі служби за власним бажанням, попередивши про це суб'єкта призначення у письмовій формі не пізніш як за 14 календарних днів до дня звільнення. Також державного службовця може бути звільнено до закінчення двотижневого строку за взаємною домовленістю із суб'єктом призначення, якщо таке звільнення не перешкоджатиме належному виконанню обов'язків державним органом. У такому випадку правовими засобами, які становлять механізм звільнення державних службовців, є заява на звільнення державного службовця, а також наказ про звільнення державного службовця, який укладається керівником державної служби.

По-друге, із цього слідує висновок, що поведінка державного службовця та керівника державної служби приводиться у відповідність до цих засобів. Працівник зі свого боку бере на себе обов'язок сумлінно відпрацювати два тижні, а керівник державної служби має прийняти рішення щодо проведення конкурсу на зайняття вакантної посади державної служби. Також по закінченню даного двотижневого терміну керівник державної служби має видати наказ про звільнення державного службовця. Усі зазначені процедури проводяться у відповідності до положень Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII[1], законодавства про працю, а також постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення конкурсу на зайняття посад державної служби» від 25 березня 2016 р. № 246[10]. Тобто все наведене свідчить про доцільність розуміння сутності механізму звільнення державних службовців як сукупності правових засобів, за допомогою яких поведінка державного службовця та керівника державної служби приводиться у відповідність із приписами, які урегульовують питання звільнення державних службовців.

Як зазначає В.М. Андріїв, складні механізми можуть мати внутрішньо ієрархічну будову систем декількох рівнів. Наприклад, механізм правового регулювання складається із механізму забезпечення прав людини, котрий в свою чергу має у своєму підпорядкуванні механізм забезпечення трудових прав працівника[11]. У нашому випадку варто враховувати, що механізм звільнення державних службовців також складається із ряду механізмів, які не перебувають у ієрархічній структурі, але при цьому відрізняються один від одного за елементним складом. О.Д. Журавель цілком аргументовано доходить висновку, що звільнення працівника можливе лише за наявності підстав для такого звільнення. Підставою для звільнення виступає юридичний факт (або їх сукупність), що закріплюється на законодавчому рівні. Чинне законодавство про працю передбачає декілька груп підстав для звільнення працівників, залежності від того, хто виступає ініціатором такого звільнення: припинення трудового договору за спільною згодою сторін, розірвання трудового договору з ініціативи працівника, розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця, розірвання трудового договору з ініціативи третіх осіб (які не є стороною трудового договору)[12]. У свою чергу, законодавство про державну службу визначає спеціальні щодо загального порядку підстави звільнення державних службовців, які і є основним критерієм для виділення у рамках механізму звільнення державних службовців, ряду механізмів звільнення державних службовців за кожною із них. Так, ст. 83 Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII[1] передбачає дев'ять підстав припинення правовідносин із державними службовцями, які наводились нами вище. Це означає, що кожна із зазначених підстав, є елементом окремого механізму звільнення державних службовців, які у сукупності становлять єдиний масштабний механізм звільнення державних службовців.

Отже, поняття «механізм» у контексті звільнення державних службовців, означає сукупність механізмів звільнення державних службовців згідно з підставами припинення державної служби, передбачених ст. 83

Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII, кожен із яких складається із сукупності правових засобів, за допомогою яких поведінка державного службовця та керівника державної служби приводиться у відповідність із приписами, які урегульовують питання звільнення державних службовців.

Таким чином, загальне поняття механізму звільнення державних службовців слід зводити до сукупності правових засобів, які передбачають взаємопов'язані узгоджені процедурні дії керівника державної служби та державного службовця, спрямовані на погашення обов'язків керівника державної служби і державного службовця один перед одним та юридичне оформлення припинення трудових правовідносин державного службовця із підстав, передбачених чинним законодавством про державну службу, що включає виникнення обставин, які зумовлюють припинення державної служби, видання наказу чи розпорядження керівником державної служби про припинення державної служби, видачу належним чином оформленої трудової книжки та проведення остаточного розрахунку, наслідком якого є зміна соціально-правового статусу сторін правовідносин державної служби відносно один одного. При цьому щодо кожної з підстав припинення державної служби, передбачених ст. 83 Закону України «Про державну службу» від 10 грудня 2015 р. № 889-VIII, механізм звільнення державних службовців наповнюється конкретним змістом, який відповідає певній підставі припинення трудових відносин.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу виділити кілька сутнісних характеристик механізму звільнення державних службовців:

1) формулювання «механізм звільнення державних службовців» може вживатись лише як загальне поняття, яке стосується усіх підстав припинення трудових відносин державного службовця, і щодо кожної окремої підстави слід говорити про відповідний механізм звільнення державного службовця з певним набором правових інструментів;

2) незалежно від підстави механізм звільнення державних службовців являє собою взаємопов'язані узгоджені процедурні дії керівника державної служби та державного службовця, спрямовані на погашення обов'язків керівника державної служби та державного службовця один перед одним;

3) механізм звільнення державних службовців становить юридичне оформлення припинення трудових правовідносин державного службовця (припинення державної служби), тобто виникнення обставин, які зумовлюють припинення державної служби, видання наказу чи розпорядження керівником державної служби про припинення державної служби, видачу належним чином оформленої трудової книжки та проведення остаточного розрахунку;

4) механізм звільнення державних службовців являє собою зміну соціально-правового статусу сторін правовідносин державної служби щодо один одного, як наслідок працівник втрачає статус державного службовця, а керівник державної служби позбавляється управлінських функцій стосовно працівника.

---

[1] Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 4. Ст. 43.

[2] Про державну службу: Закон України від 16.12.1993 р. № 3723-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 52. Ст. 490.

[3] Великий тлумачний словник сучасної української мови / гол. ред. В.Т. Бусел, редактори-лексикографи: В.Т. Бусел, М.Д. Василега-Дерибас, О.В. Дмитрієв, Г.В. Латник, Г.В. Степенко. Київ ; Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

[4] Дубас Т.В. Поняття і сутність звільнення працівників. *Часопис Київського університету права.* 2015. № 2. С. 200–203.

[5] Трудове право : підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В.В. Жернаков, С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко та ін. ; за ред. В.В. Жернакова. Харків : Право, 2012. 496 с.

[6] Трудове право України. Академічний курс : підручник / А.Ю. Бабаскін, Ю.В. Баранюк, С.В. Дріжчана та ін. ; за заг. ред. Н.М. Хуторян. Київ : А.С.К., 2004. 608 с.

[7] Цесарський Ф.А. Підстави припинення трудового договору як проблемне питання науки трудового права. *Актуальні проблеми держави і права* : зб. наук. паць /за ред. С.В. Ківалова. 2011. Вип. 61. С. 505–511.

[8] Шишлюк В. Припинення трудового договору: поняття та відмінності від суміжних понять. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 1. С. 80–84.

[9] Теорія держави і права : навч. посіб. / А.М. Колодій, В.В. Копєйчиков, С.Л. Лисенков та ін.; за заг. ред. С.Л. Лисенкова, В.В. Копєйчикова. Київ : Юрінком Інтер, 2003. 368 с.

[10] Про затвердження Порядку проведення конкурсу на зайняття посад державної служби: постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.2016 р. № 246. *Офіційний вісник України.* 2016. № 28. С. 179. Ст. 1116. Код акта 81459/2016.

[11] Андріїв В.М. Система трудових прав працівників та механізм їх забезпечення: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.05 / Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2012. 402 с.

[12] Журавель О.Д. Правове регулювання звільнення працівників за вчинення аморального проступку: історичний підхід. *Право та інновації*. 2016. № 1. С. 223–227.

References:

Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrainy № 889-VIII (2015, hrudnia 10). *Vidomosti Verkhovnoi Rady.* 4, 43 [in Ukrainian].

Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrainy № 3723-XII (1993, hrudnia 16). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy.* 52, 490 [in Ukrainian].

Busel, V.T. (hol. red.). (2005). *Velykyj tlumachnyj slovnyk suchasnoi ukrains'koi movy.* K. : Irpin' : Perun [in Ukrainian].

Dubas, T.V. (2015). Poniattia i sutnist' zvil'nennia pratsivnykiv. *Chasopys Kyivs'koho universytetu prava.* 2, 200–203 [in Ukrainian].

Zhernakova, V.V. (za red.) (2012). *Trudove pravo:* pidruchnyk dlia stud. iuryd. spets. vysch. navch. zakl. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

Khutorian, N.M. (za zah. red.). (2004). *Trudove pravo Ukrainy.* Akademichnyj kurs : pidruchnyk. K. : A.S.K. [in Ukrainian].

Tsesars'kyj, F.A. (2011). Pidstavy prypynennia trudovoho dohovoru iak problemne pytannia nauky trudovoho prava. *Aktual'ni problemy derzhavy i prava : zb. nauk. prats'.* 61, 505–511 [in Ukrainian].

Shyshliuk, V. (2016). Prypynennia trudovoho dohovoru: poniattia ta vidminnosti vid sumizhnykh poniat'. *Pidpryiemnytstvo, hospodarstvo i pravo.* 1, 80–84 [in Ukrainian].

Lysenkova, S.L., Kopiejchykova, V.V. (za zah. red.). (2003). Teoriia derzhavy i prava : navch. posib; K. : Yurinkom Inter [in Ukrainian].

Pro zatverdzhennia Poriadku provedennia konkursu na zajniattia posad derzhavnoi sluzhby: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy № 246 (2016, bereznia 25). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy*. 28, 179, 1116 [in Ukrainian].

Andriiv, V.M. (2012). Systema trudovykh prav pratsivnykiv ta mekhanizm ikh zabezpechennia. Dysertatsiia na zdobuttia naukovoho stupenia doktora iurydychnykh nauk za spetsial'nistiu 12.00.05 – trudove pravo; pravo sotsial'noho zabezpechennia. Natsional'nyj universytet «Odes'ka iurydychna akademiia». Odesa [in Ukrainian].

Zhuravel', O.D. (2016). Pravove rehuliuvannia zvil'nennia pratsivnykiv za vchynennia amoral'noho prostupku: istorychnyj pidkhid. *Pravo ta innovatsii.* 1, 223–227 [in Ukrainian].

Резюме

Куцевич А.А. **Наукова інтерпретація сутності механізму звільнення державних службовців.**

Професіоналізм та компетентність персоналу органів державної влади є одним із найважливіших завдань нашої держави на шляху розвитку та зміцнення кадрової політики державної служби України. У даній статті нами з'ясовано, як тлумачиться поняття «звільнення» у науковій літературі нашої держави. Проаналізовано, яка специфіка притаманна даному поняттю в контексті державних службовців та чим звільнення державних службовців відрізняється від звільнення інших категорій працівників. Зроблено висновок, що законодавством про державну службу визначено спеціальні щодо загального порядку підстави звільнення державних службовців, які і є основним критерієм для виділення у рамках механізму звільнення державних службовців ряду механізмів звільнення державних службовців за кожною із них. Встановлено, що механізм звільнення державних службовців являє собою взаємопов'язані узгоджені процедурні дії керівника державної служби та державного службовця, спрямовані на погашення обов'язків керівника державної служби та державного службовця один перед одним. Елементами механізму звільнення державних службовців є сукупність механізмів стосовно кожної окремої підстави звільнення державного службовця, кожного із яких формує визначений набір інструментів.

Ключові слова: звільнення, механізм, звільнення державних службовців, припинення державної служби, механізм звільнення державних службовців.

Резюме

Куцевич А.А. **Научная интерпретация сущности механизма освобождения государственных служащих.**

Профессионализм и компетентность персонала органов государственной власти является одной из важнейших задач нашего государства на пути развития и укрепления кадровой политики государственной службы Украины. В данной статье нами установлено, как толкуется понятие «освобождение» в научной литературе нашего государства. Проанализировано, какая специфика присуща данному понятию в контексте государственных служащих и чем увольнение государственных служащих отличается от увольнения других категорий работников. Сделан вывод, что законодательством о государственной службе определены специальные, по отношению к общему порядку, основания увольнения государственных служащих, и что является основным критерием для выделения в рамках механизма освобождения государственных служащих ряда механизмов увольнения государственных служащих по каждой из них. Установлено, что механизм увольнения государственных служащих представляет собой взаимосвязанные согласованные процедурные действия руководителя государственной службы и государственного служащего, направленные на погашение обязанностей руководителя государственной службы и государственного служащего друг перед другом. Элементами механизма освобождения государственных служащих является совокупность механизмов относительно каждого отдельного основания освобождения государственного служащего, каждого из которых формирует определенный набор инструментов.

Ключевые слова: увольнение, механизм, увольнение государственных служащих, прекращения государственной службы, механизм увольнения государственных служащих.

Summary

Anna Kutsevych. **Scientific interpretation of the essence of the mechanism of dismissal of civil servants.**

Professionalism and competence of the staff of public authorities is one of the most important tasks of our country in the way of development and strengthening of the personnel policy of the civil service of Ukraine. In this article, we set out how to interpret the concept of "liberation" in the scientific literature of our country. It is analyzed what specificity is inherent in this concept in the context of civil servants and how the dismissal of civil servants differs from the dismissal of other categories of employees. It is concluded that the civil service legislation defines special, in relation to the general procedure, grounds for dismissal of civil servants, which is the main criterion for the selection within the mechanism of dismissal of civil servants a number of mechanisms for dismissal of civil servants for each of them. It has been established that the mechanism for dismissal of civil servants is an interconnected concerted procedural action of the civil servant and civil servant aimed at repaying the duties of the civil servant and civil servant to one another. Elements of the mechanism for dismissal of civil servants are a set of mechanisms for each individual ground of dismissal of a civil servant, each of which forms a specific set of tools.

It is summed, that general concept of the mechanism of dismissal of civil servants should be reduced to a set of legal remedies, which envisage the interconnected concerted procedural actions of the head of civil service and civil servant, aimed at repaying the duties of the head of civil service and civil servant to each other and legal registration of termination of labor legal relations employee on the grounds stipulated by the current legislation on civil service, including the occurrence of circumstances that cause termination of civil serv the issuance of an order or order by the head of the civil service to terminate the civil service, to issue a properly completed employment record and to make a final settlement, which results in a change in the social and legal status of the parties to the civil service relations with respect to each other.

Key words: dismissal, mechanism, dismissal of civil servants, termination of public service, mechanism for dismissal of civil servants.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.42
УДК 347.9

Д.О. МЕНЮК

Дарина Олегівна Менюк, *аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*[*]
ORCID: 0000-0002-7083-7573

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Перегляд судових рішень є необхідною умовою функціонування судочинства правової держави, оскільки така процедура забезпечує право на справедливий суд кожної особи. У свою чергу, дослідження історичних аспектів становлення правових норм, що регулюють порядок перегляду судами рішень у цивільних справах, дає змогу простежити тенденції розвитку, виявити переваги та недоліки, а також визначити шляхи його вдосконалення та розвитку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вченими переважно досліджувались історичні аспекти становлення та розвитку апеляційного і касаційного оскарження. Однак для всебічного вивчення окресленої проблематики слід також звернути увагу на динаміку врегулювання перегляду судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами. Питання генезису та подальшого розвитку інституту перегляду судових рішень досліджували, зокрема, О.В. Гетманцев, Х.М. Думич, І.О. Ізарова, Р.А. Калюжний, С.Г. Ковальова, Д.В. Слинько, Г.П. Тимченко та ін.

Формулювання мети статті. Метою цього дослідження є визначення історичних етапів розвитку процесуальних норм, які регулювали перегляд судових рішень у цивільному процесі, та охарактеризувати інститут перегляду в кожному історичному періоді.

Виклад основного матеріалу. Насамперед необхідно зазначити про існування різних підходів для систематизації критеріїв дослідження історичних аспектів. Так, Я. Падох визначає, що доцільно використовувати хронологічний або системний аналіз історії судів та судового процесу в Україні. Системний аналіз визначає розвиток норм судового права не відділяючи його за певними добами. У свою чергу, хронологічний спирається на поділ історії українського права на окремі етапи, які пов'язані з державністю[1]. Тому для зручності більшістю вчених застосовується хронологічний аналіз. Варто звернути увагу також на те, що сама по собі загальна періодизація історії права в Україні є досить неоднозначною, оскільки в основу поділу на періоди покладаються різні правові або соціально-економічні явища.

О.В. Гетманцев, досліджуючи питання становлення саме цивільного процесуального права, в основу для періодизації покладає законодавчі реформи у сфері судоустрою. Науковець пропонує розділяти історію цивільного процесуального права відповідно до утвердження цивільних процесуальних норм: 1) зародження процесуальних норм за часів Київської Русі (кінець IX ст. – поч. XIV ст.); 2) цивільні процесуальні норми, які діяли на території України у кінці XIV ст. – першій половині XVII ст.); 3) цивільне процесуальне законодавство у другій половині XVII ст. – першій половині XX ст.; 4) цивільне процесуальне законодавство в період після 1917 р. до 1991 р.; 5) цивільне процесуальне законодавство з часу проголошення незалежності і по теперішній час[2].

Розглядаючи детальніше кожен із етапів, насамперед варто зазначити про те, що тривалий час формування процесуального права відбувалось без інститутів перегляду судових рішень, зокрема перегляду за нововиявленими обставинами.

Появу процесуальних норм на території України більшість вчених пов'язує з періодом Київської Русі. Право цих часів було достатньо розвинутим, системним та слугувало своєрідним взірцем для побудови правових систем у подальшому. Вже на той час процес здійснення судочинства провадиться у межах чітко визначеної системи судів (державних, громадських, домініальних та церковних) та базується на принципах єдності, змагальності, диспозитивності, усності, гласності, безпосередності та поміркованого формалізму[3]. Основним джерелом, за якого здійснювалось судочинство, було звичаєве право. Згодом ці норми були систематизовані у вигляді Руської правди, тексти якої не були структуровані, з огляду на те, що на той час не було поділу на галузі права. Відтак, кримінальний та цивільний процеси не розмежовувались, а норми регламентували здійснення єдиного судочинства[4]. Сторони змагались, підкріплюючи свої слова доказами, а суд, будучи своєрідним посередником між сторонами, оцінював докази та ухвалював рішення у формі усного вироку, іноді з обґрунтуванням. Будь-яке судове рішення вважалось остаточним. Після проголошення вироку з цивільних справ сторона одразу могла приступати до його виконання[5].

Період перебування українських земель під владою Польського та Литовського князівств та, згодом, Речі Посполитої, ознаменувався як «панування чужого права». Спершу використовувалось звичаєве право та

© Д.О. Менюк, 2019

[*] ***Daryna Meniuk,*** *Postgraduate student of V.M. Koretsky Institute of State and Law of the NAS of Ukraine*

Руська правда. У кінці XI–XVII ст. судочинство здійснювалось на землях України на основі Литовських статутів у трьох редакціях: Старий 1529 р.; Волинський 1566 р.; Новий 1588 року. Їх особливістю в аспекті процесуального права було те, що у кожному із Статутів процедурні норми розгляду та вирішення судами справ містились в окремих розділах[6].

Саме у цей період вперше віднаходимо згадки про перегляд судових рішень: вироки у той час можна було оскаржити шляхом подання скарги на суддів або апеляцією. Перший механізм перегляду можна було застосовувати не тільки після ухвалення остаточного рішення, а й протягом всього процесу. З часом цей інститут застосовувався менше. Згодом його місце повністю зайняла апеляція. Під нею вже у той час розумівся новий розгляд справи вищим судом. Сумніваючись у відповідності вироку правовим нормам, сторона могла заявити про свою незгоду з рішенням одразу після його проголошення у суді.

У Речі Посполитій були окремі апеляційні інстанції, а процедура перегляду регламентувалась чіткіше. Так, арт. 65 розд. IV Литовського Статуту 1566 р. встановлювала неможливість подання під час апеляції нових доказів, які не були розглянуті судом першої інстанції[7].

Доба Гетьманщини ознаменувалась певними змінами процесуального права, зокрема, внаслідок зміни соціально-економічних та політичних умов і відповідно судового устрою на початку XVII століття. Великого значення у той час мав Український кодекс 1743 р., більш відомий як «Права, за яким судиться малоросійський народ». Він деталізує підстави для перегляду вироків, зокрема, у порядку апеляційного оскарження, а також встановлює надзвичайний спосіб перевірки і скасування судових вироків. Так, якщо судовий вирок постановлено внаслідок обману, фальшивих документів, підкупу свідків або інших протиправних дій, то обвинувачена судовим вироком особа може оскаржити протиправну сторону перед судом, що виніс вирок, і цей суд, після перевірки поданих доказів, може скасувати свій попередній вирок та ухвалити новий. Винного чи винних у цивільних справах карали арештом на 20 тижнів, грошовою покутою в розмірі 12 рублів та поверненням оправданому всіх видатків і шкоди[8].

Наступний період розвитку цивільного процесуального права слід розглядати з огляду на розділення українських земель і відповідний вплив Австрійської та Російської імперії на право нашої держави.

На західноукраїнських землях австрійське законодавство поступово почали запроваджувати з 1772 року[9]. Що стосується цивільних процесуальних норм, то до правління Марії Терези вони містились у численних статутах, виданих окремо для кожної із територій земель. З того часу було запроваджено низку нормативно-правових актів, намагання здійснити їх кодифікацію та реформувати здійснення цивільного судочинства, однак це вдалось зробити лише у 1895 р. завдяки запровадженню Закону про судовий процес у цивільних справах[10].

Цивільний процесуальний кодекс 1895 р. передбачав можливість перегляду судових рішень у формі подання апеляційної скарги. Апеляційні суди перевіряли рішення суду першої інстанції в межах апеляційних вимог та переглядали висновки, зроблені до ухвалення рішення, крім тих, які не підлягали оскарженню або набули чинності через порушення строків на оскарження. Також передбачалась можливість подання ревізійної скарги на рішення апеляційного суду у випадках, коли: рішення мало недоліки, які давали підстави вважати про неповне та необґрунтоване обговорення і вирішення справи; коли резолютивна частина рішення апеляційного суду містило факти, що не були у провадженні судів нижчих інстанцій, а також, коли рішення було побудовано на неправильному застосуванні закону до фактичних обставин справи[11].

На території України, що була у складі Російської імперії, процес здійснення судочинства однозначно не врегульовувався, існувала значна кількість нормативно-правових актів, складність судової системи, множинність судових інстанцій, що призвело до нівелювання принципів правосуддя та порушення прав сторін[12].

Велике значення для захисту державою прав та інтересів громадян мала судова реформа, проведена в 1864 р., та прийняття Статуту цивільного судочинства, що ознаменувало остаточне розділення цивільного та кримінального процесів. Ця реформа значно вплинула і на розвиток інституту перегляду судових рішень у зв'язку із нововиявленими обставинами[13].

Статут цивільного судочинства 1864 р. закріплював основоположні принципи здійснення правосуддя, зокрема, встановлював додаткові можливості для перегляду судових рішень у випадку порушення чи неправильного застосування законодавчих приписів. Так, поряд з апеляційним оскарженням, особа мала право звернутись до вищого органу судового нагляду і виконував функції касаційної інстанції у сучасному розумінні.

Крім цього, Статут 1864 р. дозволяв звернутись з проханням про скасування судового рішення внаслідок його перегляду. Стаття 794 Статуту цивільного судочинства передбачала можливість такого перегляду у випадку відкриття нових обставин або фальсифікації актів, на підставі яких було ухвалено рішення про перегляд якого просить особа; та у випадку, коли рішення ухвалено проти відповідача, який не з'являвся на розгляд справи і місце проживання якого було невідоме[14]. Порівняно із Цивільним процесуальним кодексом Франції, Статут цивільного судочинства 1864 р. детально не перелічував підстави для перегляду, а судове рішення підлягало перегляду касаційним департаментом Сенату, а не судом, що ухвалив рішення. Також був визначений інший загальний строк для подання заяви про перегляд судового рішення, а саме 10 років з дня вирішення справи[15].

Події 1917 р. стали початком становлення так званого «радянського», або «соціалістичного» права. 04 січня 1918 р. Декретом Народного Секретаріату було прийнято постанову «Про введення народного суду в Україні». Нею було остаточно ліквідовано судову систему Російської імперії і, відповідно, не передбача-

лись суди апеляційної та касаційної інстанцій. Відтак, рішення оскарженню не підлягали і мали виконуватись негайно[16]. Відтоді інститут апеляції ще досить довго не з'являвся на території України у радянській період. Разом із тим Положенням про народні суди і революційні трибунали УРСР від 14 лютого 1919 р. було введено інститут касації[17].

Цивільний процес зазнав значних змін з остаточним утвердженням радянської влади. Так, основним нормативно правовим актом, за яким здійснювалось цивільне судочинство, був Цивільний процесуальний кодекс Української Соціалістичної Радянської Республіки, прийнятий 1924 р., що складався із п'яти книг, серед яких також був розділ про оскарження та перегляд судових рішень[18]. Єдиною формою оскарження залишалось касаційне. При цьому була можливість внесення касаційної скарги прокурором, який мав право вступати у процес на будь-якій його стадії. Під переглядом рішення розумілося повне скасування Верховним судом судових рішень, які набули законної сили і за яким касаційні скарги були залишені без наслідків чи для оскарження. Такий перегляд знаходився виключно у компетенції Верховного Суду Української Соціалістичної Радянської Республіки. Перегляд рішень був можливий: «а) коли відкрилися нові обставини, що мали істотне значення для справи і раніше були невідомі той чи іншій стороні процесу; б) коли у справі, по якій було винесено ухвалу, встановлено судовим вироком завідомо неправдиві свідчення свідків, злочинні дії сторін, їх представників чи експертів або злочинні дії членів суду, що брали участь у справі; в) коли ухвала ґрунтується на документах, визнаних згодом за вироком суду фальшивими чи коли скасовано постанову суду, на яку спиралося дане рішення»[19].

Наступним етапом у розвитку цивільних процесуальних норм можна визначити прийняття 8 грудня 1961 року Основ цивільного судочинства Союзу Радянських Соціалістичних Республік і союзних республік[20], а також прийняття ЦПК 1963 р., який значно відрізнявся юридичною технікою і став прогресивним кроком у встановленні правил цивільного судочинства. Стосовно перегляду судових рішень, то ЦПК 1963 р. встановлював кілька форм перегляду судових рішень. Так, у якості оскарження можливо було переглядати рішення в апеляційному та касаційному порядках. Також судові рішення та ухвали, що набрали законної сили, могли переглядатись у зв'язку із нововиявленими та винятковими обставинами. Зокрема, у ЦПК 1963 р. в редакції від 11 березня 1996 р. мали місце перегляд у порядку судового нагляду рішень, ухвал, постанов суду, що набрали законної сили, а також перегляд у зв'язку з нововиявленими обставинами.

З урахуванням Закону України (далі – ЗУ) «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу», редакція ЦПК України від 29 червня 2001 р. не містила перегляду судових рішень у порядку нагляду. Разом з тим містилося розділення підстав перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами та, окремо, винятковими обставинами.

При цьому винятковою обставиною за ст. 347-2 ЦПК 1963 р. визначалось «виявлене після касаційного розгляду справи неоднозначне застосування судами загальної юрисдикції одного і того ж положення закону або його застосовано всупереч нормам Конституції України, а також якщо у зв'язку з цими рішеннями міжнародна судова установа, юрисдикція якої визнана Україною, встановила факт порушення Україною міжнародних зобов'язань». Варто також зазначити, що повноваження з перегляду справ за таких підстав належали колегії суддів у складі суддів ВСУ і вважалось на той час так званою «винятковою касацією» (ст. 347-4 ЦПК 1963 р.).

З моменту проголошення Україною незалежності почався процес формування нового законодавства з орієнтиром на міжнародні стандарти здійснення правосуддя. Поступово змінювалась система судочинства, про що свідчать численні зміни до ще чинного на той час ЦПК, внесені відповідно до Концепції судово-правової реформи в Україні, затвердженої постановою Верховної Ради України від 8 квітня 1992 р., і аж до моменту прийняття у 2004 р. ЦПК України, що набрав чинності 1 січня 2005 року[21].

Новий ЦПК України значно відрізнявся від попереднього. Зміни відбулись також в інституті оскарження судових рішень та в перегляді судових рішень за інших підстав. Зокрема, провадження за винятковими обставинами було розділено від провадження у зв'язку із нововиявленими обставинами. При цьому, якщо норма щодо нововиявлених обставин дублювалася, то для перегляду ВСУ рішень після їх перегляду у касаційному порядку дещо змінилась. Зокрема, однією з підстав було неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одного й того самого положення закону.

Значні зміни у цивільному процесі України відбулись внаслідок судової реформи, започаткованої Указом Президента України «Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки»[22].

Відтак, у межах реформи, 12 лютого 2015 р. було прийнято ЗУ «Про забезпечення права на справедливий суд» відповідно до якого у ст. 355 ЦПК України були внесені зміни щодо підстав перегляду. Кодекс вже не містить поняття «виняткові», а Верховному Суду України надано повноваження з перегляду судових рішень з чітко визначених підстав[23].

Разом із тим підстави для перегляду судових рішень у зв'язку із нововиявленими обставинами так само містились у ч. 2 ст. 361 ЦПК України і залишались майже незмінними з моменту прийняття Кодексу. Такі зміни проіснували до прийняття ЗУ «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів»[24] від 03 жовтня 2017 року. Цей закон кардинально змінив інститут перегляду судових рішень: з'явились виключні обставини, дещо змінились підстави перегляду за нововиявленими обставинами.

Відтепер до підстав перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами відносять: істотні для справи обставини, що не були встановлені судом та не були і не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою, на час розгляду справи; встановлений вироком або ухвалою про закриття кримінального провадження та звільнення особи від кримінальної відповідальності, що набрали законної сили, факт надання завідомо неправильного висновку експерта, завідомо неправдивих показань свідка, завідомо неправильного перекладу, фальшивості письмових, речових чи електронних доказів, що призвели до ухвалення незаконного рішення у даній справі; скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення судового рішення, що підлягає перегляду.

До виключних підстав перегляду належать: істотні для справи обставини, що не були встановлені судом та не були і не могли бути відомі особі, яка звертається із заявою, на час розгляду справи; встановлений вироком або ухвалою про закриття кримінального провадження та звільнення особи від кримінальної відповідальності, що набрали законної сили, факт надання завідомо неправильного висновку експерта, завідомо неправдивих показань свідка, завідомо неправильного перекладу, фальшивості письмових, речових чи електронних доказів, що призвели до ухвалення незаконного рішення в даній справі; скасування судового рішення, яке стало підставою для ухвалення судового рішення, що підлягає перегляду[25].

Висновки. Таким чином, інститут перегляду судових рішень пройшов тривалий час свого становлення. Проаналізувавши процедуру перегляду судових рішень у цивільному процесі України, можна дійти висновку, що на сьогодні функціонування цього інституту завдячує динаміці його розвитку протягом кожного із періодів історії цивільного процесуального права. У свою чергу, дослідження історичних аспектів сприятиме подальшому вдосконаленню інституту перегляду судових рішень у цивільному процесі України.

---

[1] Падох Я. Суди й судовий процес старої України. Нарис історії: Записки Наукового Товариства ім. Шевченка. Нью-Йорк-Париж-Сидней-Торонто-Львів, 1990. Т. 209: Історично-Філософічна Секція: Правнича комісія. Ч. 5. С. 9.

[2] Гетманцев О.В. Формування та розвиток цивільного процесуального законодавства в Україні: питання історичної періодизації. *Науковий вісник Чернівецького університету*. *Правознавство.* 2013. Вип. 644. С. 83–86.

[3] Падох Я. Суди й судовий процес старої України. Нарис історії: Записки Наукового Товариства ім. Шевченка. Нью-Йорк-Париж-Сидней-Торонто-Львів, 1990. Т. 209: Історично-Філософічна Секція: Правнича комісія. Ч. 5. С. 41.

[4] Радутний О. Новітній погляд на Правду Руську Я. Мудрого. Рецензія на видання уклад. Г.Г. Демиденка та В.М. Єрмолаєва «Правда Руська Ярослава Мудрого: початок законодавства Київської Русі». *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 4. С. 213.

[5] Рубаник В.Е. Государство, право и суд в Киевской Руси Историко-юридический очерк. Москва : Юрлитинформ, 2013. С. 311.

[6] Слинько Д.В. Розвиток процесуального права на українських землях в епоху Середньовіччя «Jurnalul juridic national: teoriie si practica» O.O.O. : «National law jurnal: teory and practice» L.L.C. Nr. 2 (30). Republica Moldova, 2018. С. 25.

[7] Ковальова С.Г. Судоустрій і судочинство на українських землях Великого князівства Литовського: монографія. Миколаїв: Вид-во МДГУ ім. Петра Могили, 2008. С. 178.

[8] Яковлів Андрій Іванович. Т. 159 : Український Кодекс 1743 року «Права, по которым судится малороссийский народ» : його історія, джерела та систематичний виклад змісту. Мюнхен: Заграва, 1949. С. 80.

[9] Кульчицький В. Джерела права в Галичині за часів австрійського панування. *Проблеми правознавства*. 1971. Вип. 19. С. 46.

[10] Думич Х.М. Австрійський цивільний процесуальний кодекс 1895 року: причини укладення, структура і зміст. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія : Право. 2015. Вип. 32(1). С. 17–19.

[11] Думич Х.М. Структура, основні положення та оцінка Австрійського цивільного процесуального кодексу 1895 року. *Вісник Львівського університету.* Серія юридична. 2015. Вип. 61. С. 125.

[12] Калюжний Р.А., Атаманчук І.В. Розвиток процесуального права України. Київ : «МП Леся», 2015. С. 26–27.

[13] Резуненко А.Н. Пересмотр судебных актов, вступивших в законную силу, по вновь открывшимся обстоятельствам как стадия гражданского процесса: дис. … канд. юрид. наук. Волгоград, 2001. С. 14.

[14] Судебные уставы 20 ноября 1864 года: с изложением рассуждений, на коих они основаны. URL: https://www.prlib.ru/item/372592

[15] Тимченко Г.П. Проблеми реалізації принципів судочинства на стадії перегляду судових рішень у зв'язку із нововиявленими обставинами. *Держава і право.* 2010. Вип. 41. С. 313.

[16] Гринюк В.О. Суд радянської доби. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2012. Вип. 2(6). С. 2.

[17] Положення про революційні трибунали від 23 січня 1918 р. Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень Уряду Української РСР (1917–1941 рр.). Київ, 1963. Т. 1. С. 68–69.

[18] Комаров В.В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України. Харків : Право, 2012. С. 17.

[19] Стецюк Б.Р. Особливості регламентації цивільного судочинства за ЦПК УСРР 1924 року. *Науковий вісник ДДУВС.* 2017. В. № 2. С. 27.

[20] Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик : Закон СССР от 8.12.1961. URL: http://docs.cntd.ru/document/9007340.

[21] Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

[22] Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки : Указ Президента України від 20.05.2015 р. № 276/2015 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276/2015?find=1&text=%EE%E1%F1%F2%E0%E2%E8%ED%E0%EC%E8#w11

[23] Про забезпечення права на справедливий суд : Закон України від 12.02.2015 р. № 192-VIII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/go/192-19

[24] Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 3.10.2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2017. № 48. Ст. 436.

[25] Цивільний процесуальний кодекс України : у редакції закону № 2147-VIII від 3.10.2017 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

References:

Padokh, Ya. (1990). *Courts and litigation of old Ukraine. Essay on history.* New York, Paris, Sidney, Toronto, Lviv [in Ukrainian].

Hetmantsev, O.V. (2013). Formation and development of civil procedural law in Ukraine: questions of historical periodization. *Naukovyi visnyk Chernivetskoho universytetu*, 644, 82–87 [in Ukrainian].

Radutnyi, O. (2014). A New Look at the Truth of Russia by Ya. Wise. *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy,* 4, 210. 2014 [in Ukrainian].

Rubanyk, V.E. (2013). *State, law and court in Kievan Rus Historical and legal essay*. Moscow: Yurlytynform [in Russian].

Slynko, D.V. (2018). The development of procedural law in the Ukrainian lands in the Middle Ages. *National law journal: theory and practice*, 2 (30), 23–27 [in Ukrainian].

Kovalova, S.H. (2008). *Judiciary and justice in the Ukrainian lands of the Grand Duchy of Lithuania.* Mykolaiv: Vyd-vo MDHU im. Petra Mohyly [in Ukrainian].

Yakovliv, A. (1949). *Ukrainian Code of 1743 "Rights under which the Little Russian people are judged": its history, sources and systematic presentation of content.* Miunkhen: Zahrava [in Ukrainian].

Kulchytskyi, V. (1971). Sources of law in Galicia during Austrian domination. *Problemy pravoznavstva*, 19, 46–47 [in Ukrainian].

Dumych, Kh.M. (2015). Austrian Code of Civil Procedure 1895: reasons for making the structure and contents. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu*, 32(1), 16–20 [in Ukrainian].

Dumych, Kh.M. (2015). Structure of the main terms and evaluation Austian Code of Civil Procedure*. Visnyk Lvivskogo universitetu. Seriya yuridichna,* 61, 118–126 [in Ukrainian].

Kaliuzhnyi, R.A., & Atamanchuk, I.V. (2015). *Development of civil procedural law of Ukraine.* Kyiv: MP Lesia [in Ukrainian].

Rezunenko, A.N. (2001). *Revision of judicial acts that have entered into legal force, due to newly discovered circumstances, as a stage of civil procedure*. Candidate`s thesis. Volhohrad [in Russian].

Judicial Statutes November 20, 1864: setting out the reasoning on which they are based. Retrieved from: https://www.prlib.ru/item/372592 [in Russian].

Tymchenko, H.P. (2010). Problems in the implementation of judicial principles at the stage of reviewing court decisions in connection with newly discovered circumstances. *Derzhava i parvo,* 41, 312–318 [in Ukrainian].

Hryniuk, V.O. (2012). Court in Soviet era. *Chasopys Nats. u-tu «Ostrozka akademiia»*, 2(6), 1–15 [in Ukrainian].

Regulations on the Revolutionary Tribunals of 23 January 1918. *Khronolohichne zibrannia zakoniv, ukaziv Prezydii Verkhovnoi Rady, postanov i rozporiadzhen Uriadu Ukrainskoi RSR* (1917–1941 rr.) [in Ukrainian].

Komarov, V.V. (2012). *Civil Procedure Law in the Dynamics of Development and Practice of the Supreme Court of Ukraine*. Kharkiv [in Ukrainian].

Stetsiuk, B.R. Features of civil proceedings framework after the Civil Procedural Code of the Ukrainian Socialist Soviet Republic of 1924. *Naukovyi visnyk DDUVS*, 2, 23–30 [in Ukrainian].

Law of Soviet Union on Fundamentals of Civil Procedure of the Soviet Union and Union Republics. Retrieved from: http://docs.cntd.ru/document/9007340. [in Russian].

Civil Procedural Code of Ukraine (2004, March 18). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 40–41, 42, 492 [in Ukrainian].

Presidential Decree on the Strategy for Reform of the Judiciary, Judiciary and Related Legal Institutions for 2015-2020 (2015, May 20). Retrieved from: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276/2015?find=1&text=%EE%E1%F1%F2%E0%E2%E8%ED%E0%EC%E8#w11 [in Ukrainian].

Law of Ukraine on the right to a fair trial № 192-VIII. (2015, February 12). Retrieved from: http://zakon.rada.gov.ua/go/192-19 [in Ukrainian].

Law of Ukraine on amendments to the Economic Procedure Code of Ukraine, the Civil Procedure Code of Ukraine, the Code of Administrative Procedure of Ukraine and other legislative acts. № 2147-VIII. (2017, October 3). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 48, 436 [in Ukrainian].

Civil Procedural Code of Ukraine with amendments of Law № 2147-VIII. (2017, October 3). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 48, 436 [in Ukrainian].

Резюме

Менюк Д.О. **Історія становлення та розвитку інституту перегляду судових рішень у цивільному процесі України.**

У статті розглянуто історичні аспекти становлення та розвитку інституту перегляду судових рішень у цивільному процесі України. Проаналізовано цивільні процесуальні норми, що регулюють процедуру перегляду судових рішень, на кожному із етапів історії цивільного процесуального права. Зазначено основні реформи цивільного процесуального законодавства, що вплинули на розвиток інституту перегляду судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами.

Ключові слова: процесуальне право, цивільний процес, перегляд судових рішень, нововиявлені обставини, виключні обставини, реформи цивільного судочинства.

Резюме

Менюк Д.О. **История становления и развития института пересмотра судебных решений в гражданском процессе Украины.**

В статье рассмотрены исторические аспекты возникновения и развития института пересмотра судебных решений в гражданском процессе Украины. Проанализированы гражданские процессуальные нормы, которые регулируют процедуру пересмотра судебных решений, на каждом этапе истории гражданского процессуального права. Определены основные реформы гражданского процессуального законодательства, которые повлияли на развитие института пересмотра судебных решений по вновь открывшимся или исключительным обстоятельствам.

Ключевые слова: процессуальное право, гражданский процесс, пересмотр судебных решений, вновь открывшиеся обстоятельства, исключительные обстоятельства, реформы гражданского судопроизводства.

Summary

Daryna Meniuk. **The history of formation and development of court decisions review in the civil procedural law of Ukraine.**

The article presents the historical aspects of the formation and development of the institution of the review of court decisions in the civil process of Ukraine. The civil procedural rulings that govern the procedure for reviewing court decisions in each period of civil procedural law history are analysed, and the main reforms of the civil procedural legislation that have influenced on the development of the institution of the review of court decisions due to newly discovered or exceptional circumstances are identified.

It draws attention to the fact that for a long time the formation of procedural law took place without the institutions of review of court rulings, in particular, the review of newly discovered circumstances. For instance, in the Kyivan Rus' judgments could be enforced immediately after their proclamation. The period of staying of Ukrainian lands under the rule of the Polish and Lithuanian legislature and was referred to as the "domination of foreign law". During this period, we adhere to the Second Lithuanian statute of rules that enable a person to seek of judicial review. The most prominent monument of procedural law of the Cossack Hetmanate era was the Ukrainian Code of 1743, also known as «The Rights under which Little Russian people are suing», which also provided for the possibility of review in an extraordinary way of review and revocation of court rulings.

The next period of civil procedural law development should be considered in view of the division of Ukrainian lands and the corresponding influence of the Austrian and Russian empires on the law of our state. The Austrian Civil Procedure Code of 1895 provided for the possibility of reviewing court decisions in the form of an appeal and cassation. On the territory of Ukraine, which was part of the Russian Empire, the main act was the Statute of Civil Procedure of 1864 which provided for the possibility of judicial review in the event of the opening of new circumstances or falsification of acts on the basis of which a decision was made; and where the judgment is taken against a defendant who did not appear for trial and whose whereabouts were unknown.

The events of 1917 initiated the so-called "soviet" or "socialist" law. For a long period, court decisions were either not reviewed or reviewed in exceptional circumstances. Only after the declaration of independence of Ukraine the judicial reforms were began, also for the institution of judicial review as one of the elements of the right to a fair trial.

Key words: procedural law, civil process, judicial review, newly discovered circumstances, exceptional circumstances, reform of civil proceedings.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.43
УДК 347.77

М.В. КОВАЛЬОВА

Марина Вікторівна Ковальова, *кандидат юридичних наук, доцент Ужгородського національного університету*[*]

ORCID: 0000-0002-9672-5254

ЗАХИСТ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УМОВАХ ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ ДЕРЖАВ

Постановка проблеми. Компанії, що потужно працюють над дослідженнями, все частіше наголошують на комерціалізації своїх інновацій для прийняття зваженої стратегії конкурентної переваги. Протягом останніх двох десятиліть багато малих та середніх компаній перемістили свою увагу на технологічні винаходи, що ведуть до підприємництва, і одночасно вони комерціалізують свої нові технології[1]. Дана стаття зосереджена на практичних проблемах використання та захисту інтелектуальної власності в інноваційному процесі, особливостях комерціалізації інтелектуальної власності, а також питаннях державної інноваційної політики. Добре збалансована, доступна та надійна система права інтелектуальної власності має важливу роль у цьому процесі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Важливі питання досліджуваної проблеми розглядалися в багатьох працях вітчизняних учених, зокрема, Ю.Л. Бошицького, М.К. Галянтича, Л.Й. Глухівського, Ю.М. Капіци, О.А. Підопригори, О.О. Підопригори, О.Д. Святоцького, О.І. Харитонова та інших. Вагому роль відіграють дані та дослідження патентних відомств деяких європейських країн, статистичні данні Всесвітньої Організації Інтелектуальної Власності (далі – ВОІВ).

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, **мета** даної статті зосереджена на практичних проблемах використання інтелектуальної власності в інноваційному процесі, особливостях комерціалізації інтелектуальної власності, а також питаннях державної інноваційної політики.

Виклад основного матеріалу. Важливим продуктом будь-якої національної інноваційної системи є патенти, інтелектуальна власність[2]. Інновації є ключовим чинником економічного зростання й розвитку в середньостроковій та довгостроковій перспективі для кожної держави. Поняття інновації можна охарактеризувати як процес впровадження нових продуктів, послуг та виробничих процесів на ринок і, як наслідок, створення нових прибуткових підприємств з високооплачуваною заробітною платою.

Сучасна революція у сфері інформаційних технологій та комунікацій різко знизила витрати на створення, обробку та передачу знань як на національному рівні, так і за кордоном. Темп інноваційної діяльності значно прискорився. Ці два зазначені вище чинники, а також більш тісна міжнародна економічна інтеграція, швидкий темп інновацій, створюють нові виклики для системи інтелектуальної власності та формування її політики. Країни з перехідною економікою, в т.ч. Україна, зіткнулися з додатковими проблемами інтеграції в глобальну мережу виробничого процесу. Для того, щоб бути успішними на міжнародному ринку, потрібно приділяти першочергову увагу розвитку своїх власних інноваційних можливостей, а також здатність імплементувати та адаптувати технологічні інновації із-за кордону. І тут правовий режим охорони інтелектуальної власності відіграє ключову роль.

Показники Європейської системи оцінки інновацій (European Innovation Scoreboard) надають можливість попереднього порівняння ефективності інновацій у Європейському Союзі та Україні. Порівняно з Європейським Союзом Україна має, зокрема, добрі показники витрат на інформаційні та комунікаційні технології і витрати на освіту молоді, які перевищують середньоєвропейські. Співвідношення кількості випускників науково-технічних навчальних закладів та кількості нових інновацій на ринку наближається до середньоєвропейського рівня. Витрати України на науково-дослідні роботи, інновації, а також зайнятість в серед-

© М.В. Ковальова, 2019

[*] ***Maryna Kovalova,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor of Uzhhorod National University*

ньо- та високотехнологічному секторах виробництва становить приблизно половину або дві третини від аналогічних витрат в Європейському Союзі[3].

Належним чином розроблена система охорони та захисту прав інтелектуальної власності надає виняткові права винахідникам і тим самим збільшує їх шанси на отримання стартових (початкових) інвестицій, які необхідні їм для виведення нових технологій на ринок. Іншими словами, права на інтелектуальну власність є ключовою передумовою появи інтелектуальної власності на ринку.

Ефективність системи інтелектуальної власності багато в чому залежить від прогресу в розробці та управлінні національними інноваційними системами, створення відповідних основних умов для фінансування інновацій та сприяння розвитку інновацій в малому й середньому бізнесі. Враховуючи те, що ефективність політики в сфері інтелектуальної власності залежить більше від регуляторного та правового середовища, рекомендації стосовно розвитку системи інтелектуальної власності в країнах з перехідною економікою повинні розглядатися як частина ретельного аналізу умов, що склалися у відповідних національних економіках[4].

Загальна картина України є доволі суперечливою: освічені працівники, значна кількість випускників науково-технічних вищих навчальних закладів, задовільні інноваційні витрати, незважаючи на брак державної підтримки, але вражаюче низькі рівні продажу товарів на ринку. Останнє, очевидно, не сприяє високотехнологічному експорту.

Стратегічне управління інтелектуальною власністю є важливим чинником успішного інноваційного процесу. Проте науково-дослідницькі організації, малі та середні підприємства часто не мають достатньої кваліфікації та іноді також стимулів до стратегічного управління інтелектуальною власністю та впливу на інновації. Тому вкрай важливим є обговорення питання управління інтелектуальною власністю в університетах та інших державних дослідницьких організаціях, а також в інноваційних малих та середніх підприємствах.

Політика підтримки дедалі більше залежить від спроможності інновацій та інфраструктури підтримки бізнесу сприяти розвитку підприємництва, створювати нові компанії, а також розвивати інноваційну культуру в регіоні. Інновації та інфраструктура підтримки бізнесу повинні розвиватися не для самих себе, а задля розвитку регіонів отримання знань і територіальної наукоємної економіки. Перші бізнес-інкубатори були створені у США, Великій Британії та Франції у 1960-х рр., зараз вони існують у більшості промислово розвинених країн, наприклад, у Китаї. Науково-технологічні парки забезпечують сприятливе середовище для таких підприємств. Парки пропонують недорогі приміщення, у них є певне виробниче обладнання, вони надають доступ до послуг, які необхідні новоствореним компаніям. Деякі інкубатори мають підтримку центральних та місцевих органів влади, багатьох також спонсорують прибуткові та неприбуткові приватні організації. За оцінками, лише у Європі існує понад 900 бізнес-інкубаторів, і щороку в інкубаторах створюються тисячі нових компаній. Упродовж двох останніх десятиліть відповідні ініціативи з’явилися у всіх ринкових економіках, в т.ч. і в Україні. Вони стали ефективною моделлю організації, поєднали переваги конкуренції та співпраці у групах компаній, які розташовані на відносно обмежених територіях. Стратегія управління групами компаній знижує операційні витрати та полегшує набуття нового досвіду. Уряди різних країн світу створили функціональні механізми для комерціалізації результатів наукових досліджень. У більшості університетів та державних науково-дослідних організацій відділи трансферу технологій допомагають дослідникам оцінити комерційний потенціал їх наукових результатів, запатентувати їх, знайти партнерів, ліцензувати чи продати інтелектуальну власність або .або .або .або ащБ[illegible]ти є [illegible]

lanced and accessible intellectual property system plays an important role in this process. Intellectual property rights serve to protect the often large and high-risk investments in innovative companies, thereby providing major incentives to make such investments.

Patents and intellectual property are important products of any national innovation system. Innovation is a key driver of economic growth and development in the medium and long term for each country. The concept of innovation can be described as the process of introducing new products, services and production processes to the market and, as a consequence, the creation of new profitable enterprises.

A properly created system of protection and protection of intellectual property rights grants exclusive rights to inventors and thus increases their chances of getting the start-up (initial) investments they need to bring new technologies to the market. In other words, intellectual property rights are a key prerequisite for the emergence of intellectual property in the market.

Comparison of European legislation with Ukrainian legal standards shows that Ukraine has embarked on a path that is broadly in line with the general global trends in the evolution of legislation in technology transfer. Additional rules that have been successfully applied in European legislation (but are not yet in Ukrainian) can be further integrated into existing legal acts or incorporated into draft new laws, such as the law on the commercialization (transfer) of technologies.

The problems that Ukraine will have to solve in the field of technology commercialization in the next few years make it necessary to study the experience of developed countries. Copying is not possible, any innovative measures are successful in the national context: economic, social, legal, etc.

Key words: intellectual property, intellectual property rights, commercialization of technologies, innovations, innovation process, technologies, technology transfer.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.44

УДК 347.78

С.Ю. ПЕТРЯЄВ, Н.Д. КОГУТ

***Сергій Юрійович Петряєв**, кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри Національного технічного університету України «Київський політехнічний університет імені Ігоря Сікорського»**

ORCID: 0000-0002-8951-8601

Наталя Дмитрівна Когут,** кандидат юридичних наук, старший викладач Національного технічного університету України «Київський політехнічний університет імені Ігоря Сікорського»

ORCID: 0000-0001-6990-8752

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ОКРЕМИХ АВТОРСЬКИХ ПРАВ

Постановка проблеми. Право інтелектуальної власності в своєму правовому регулюванні об'єднує три підінститути: авторське право, суміжні права та право промислової власності. Усі з них охороняють чималу кількість об'єктів права інтелектуальної власності, і правові норми, що їх регулюють містяться не лише в Цивільному кодексі України[1] (далі – ЦК України), а й у спеціальних нормативно-правових актах, які направлені на охорону окремих об'єктів права інтелектуальної власності. Крім того, в Україні діє цілий ряд міжнародних угод і конвенцій, ратифікованих нашою країною ще в 1990-х роках. Враховуючи велику кількість нормативно-правових актів, що регулюють правовідносини в сфері права інтелектуальної власності, виникає низка колізійних норм, існує низка прогалин та недосконалостей в правовому регулюванні, а також окремі авторські права не мають належного механізму їх реалізації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останнім часом українською правовою спільнотою доволі мало приділяється уваги проблемам реалізації авторських прав. Заслуговують на увагу праці таких вчених, як Ю. Капіца, А. Штефан, О. Штефан, Г. Ярега, в яких досліджено окремі аспекти правового регулювання та механізму реалізації деяких авторських прав.

Мета статті: розкрити авторські права, щодо яких виникає найбільше труднощів у механізмі їх реалізації, недоліки та прогалини в правовому регулюванні авторського права та шляхи вдосконалення законодавства в цій частині.

Виклад основного матеріалу. Право інтелектуальної власності являє собою сукупність особистих немайнових та майнових прав суб'єктів права інтелектуальної власності. Особисті немайнові права можуть належати лише автору або колективу співавторів. До особистих немайнових прав відносять: право на при-

© С.Ю. Петряєв, Н.Д. Когут, 2019

* ***Sergii Petriaiev,*** *Ph.D. in law, Associate Professor of the National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute"*

** ***Natalya Kogut,*** *Ph.D. in law, Senior Lecturer of the National Technical University of Ukraine "Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute"*

своєння творчому результату свого імені чи спеціальної назви; право на видання твору під своїм іменем чи під псевдонімом; право на вимагання зазначати своє ім'я при використанні твору чи забороняти його зазначати; право на недоторканність твору. Останнє право перекликається з майновими правами – правами на використання твору, різновидом якого є надання дозволу на переклад та адаптацію твору (ст. 441 ЦК України). Цілком логічним є право автора на надання дозволу на переклад чи адаптацію твору. В такому разі буде зазначатися, крім автора основного твору, автор похідного твору – перекладу чи адаптації твору. Проте законодавство надає право спадкоємцям дозволяти вносити зміни в твір, оскільки право на переробку твору є одним із майнових прав автора, які можна відчужити або передати в спадщину. Якщо переробка стосується змісту твору, то може бути порушено право на честь, гідність і ділову репутацію автора, а якщо вносяться зміни до форми твору, то може бути порушено право на недоторканність твору. Як право на захист честі, гідності та ділової репутації автора, так і право на недоторканність твору є різновидами особистих немайнових прав автора. Отже, майнове право інтелектуальної власності на використання твору шляхом його переробки дуже тісно пов'язане з особистим немайновим правом автора – правом на недоторканність твору. Проте, якщо вносяться зміни у форму і зміст твору не як переклад та адаптація для абітурієнтів, а як окремі зміни в авторському тексті, то чи можна вважати автора автором такого видозміненого твору? Співавторами покійного автора з особою, яка здійснила переробку, теж вважати не можна, тому, на наш погляд, слід *право на використання твору шляхом його переробки в інший спосіб, ніж його переклад та адаптація, передбачити як невідчужуване майнове право автора.*

Крім того, спадкоємці автора мають право на публікацію його неоприлюднених творів. Більше того, особи, які не є спадкоємцями автора, але в них якимось чином перебуває неоприлюднений твір невідомого або давно покійного (понад 30 років) автора, мають право на його публікацію і їм надаються майнові права автора строком на 25 років після публікації. Трапляються випадки, коли спадкоємці оприлюднюють листування своїх відомих родичів, що не заборонено законодавством, але при цьому може бути порушено як право на недоторканність особистої кореспонденції, так і право на честь, гідність та ділову репутацію певних осіб. Слід зазначити, що відповідно до чинного ЦК України *особисті немайнові права особи діють до моменту її смерті (ст. 269), це не стосується особистих немайнових прав інтелектуальної власності, які є чинними безстроково (ст. 425).* Права, які існують без суб'єкта, називаються фантомними або посттанативними[2].

Проте честь, гідність та ділова репутація автора не визнані особистими немайновими правами інтелектуальної власності. Якщо автор листів і особистих щоденників у заповіті заборонить спадкоємцям публікувати їх, то така заборона для них буде мати юридичний обов'язок, якщо вони спадкуватимуть майно спадкодавця за заповітом. Разом із тим навіть у цьому разі такі розпорядження автора, які стосуються майнових прав автора (право на публікацію), можуть бути недотримані, оскільки нотаріуси не є відповідальними особами за дотримання заповідальних розпоряджень. Якщо спадкодавець у заповіті призначить управителя спадщиною, то він теж не матиме юридичних повноважень після набуття прав на спадщину спадкоємцями. До того ж, немає суб'єкта, якому спадкоємці мали б відшкодувати моральну та матеріальну шкоду за публікацію подібних об'єктів, оскільки вони самі ж і є суб'єктами, яким подібні відшкодування мали б переходити у разі вчинення зазначених порушень третіми особами.

Якщо спадкоємці автора надають згоду на переробку твору, яка стосується його змісту, то не зважаючи на те, що може бути порушено право на честь, гідність і ділову репутацію автора, зазначені особисті немайнові права не визначені як такі, що діють безстроково, а отже, після смерті автора втрачають свою чинність. Не зважаючи на це, судова практика йде дещо іншим шляхом. У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» № 1 від 27 лютого 2009 р.[3] члени сім'ї померлої особи, її близькі родичі та інші заінтересовані особи мають право подавати позов про захист власної честі, гідності та ділової репутації, яка порушена внаслідок поширення недостовірної інформації про покійну особу, в т. ч. покійного автора, де опосередковано захищатиметься і добре ім'я померлої особи[4]. Проте зазначена постанова не роз'яснює, чи може одна особа із перелічених вище заінтересованих осіб звертатися до іншої заінтересованої особи з позовом про спростування поширеної нею недостовірної інформації у формі зазначення авторства первинного автора на видозмінений текст твору.

Виходячи із загальних начал цивільного та цивільно-процесуального права, стороною судового провадження може бути лише особа, особисті немайнові та/або майнові права якої порушено. У даному випадку в разі порушення особистих немайнових прав, зокрема права на авторство та права на недоторканність твору, законодавство дозволяє захищати ці *права покійного автора* практично будь-якому суб'єкту: спадкоємцям, знайомим покійного автора, творчим спілкам, іншим заінтересованим особам (ст. 439 ЦК України). Проте законодавство не передбачає, на чию користь має стягуватися відшкодування моральної шкоди за порушення особистих немайнових авторських прав у разі, якщо цивільний позов подається не спадкоємцями автора. Законодавством не передбачено стягнення в Держбюджет у рамках цивільного позову (крім 10 % штрафу від суми відшкодування) та не передбачено підстави для отримання такого відшкодування позивачами, які не є спадкоємцями автора. Тобто можна припустити, що в даному разі способами цивільно-правового захисту особистих немайнових прав покійного автора буде вимога про спростування хибної інформації про авторство у тому ж виданні і в той же спосіб, в якому було здійснено порушення, а у разі порушення права на недоторканність твору – вимога щодо вилучення продукції, у т. ч. в електронному (цифровому) варіанті, яка поширена в мережі Інтернет, що дуже складно здійснити на практиці. Крім того, особу порушника можна

притягнути до кримінальної чи адміністративної відповідальності за порушення авторських прав, у т. ч. особистих немайнових прав (ст. 176 Кримінального Кодексу України[5] та ст. 52[1] Кодексу України про адміністративні правопорушення[6]).

Із внесенням змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 2016 р.[7] (п. 9[1] ст. 21), будь-які особи мають право без згоди автора та без виплати йому винагороди, але із зазначенням імені автора та джерела запозичення використовувати правомірно оприлюднені літературні, художні, музичні та інші твори для створення на їх основі іншого твору *в жанрі літературної, музичної або іншої пародії, попурі або карикатури. На* наш погляд, *зазначене положення порушує цілий ряд прав автора а саме:* 1) право на захист честі, гідності та ділової репутації автора; 2) право на недоторканність твору; 3) право на дозвіл чи заборону використання твору (один із видів використання твору – переробка твору) з правом на отримання винагороди за відповідне використання твору. Пародії, попурі та карикатури до прийняття зазначених змін визнавалися різновидом похідних творів, на які потрібна була згода автора та виплата йому винагороди. Зміна форми вираження твору (рерайтинг) та використання сюжету, ідей не є порушеннями авторського права. *Отже, якщо існує необхідність посилання на автора твору, на основі якого створюється інший твір, то йдеться про те, що в творі є повторення форми вираження основного твору.* Розмір і межі такого повторення законодавство не регулює. Відповідно до Бернської конвенції[8] національні законодавства країн-учасниць мають передбачати вичерпний перелік випадків вільного використання творів, що й було здійснено в Україні. Проте, не зважаючи на те, що американська доктрина вільного використання (fair use) є більш поблажливою до обмежень прав автора, одним із 4-факторного тесту вільного використання твору в США[9] є його використання *без комерційної мети*. А використання творів у жанрі пародії, попурі або карикатури у різноманітних гумористичних шоу на телебаченні або навіть у мережі Інтернет якраз і передбачають на меті отримання прибутку від їх використання, в т. ч. і від розміщення рекламних роликів.

Одним із важливих питань сучасності є питання правомірності використання так званих «каверів» музичних композицій іншими виконавцями з різним ступенем переробки та виду переробки. Слід зазначити, що музична композиція і слова пісні не є складеним твором в юридичному розумінні, а автори музичної композиції та слів пісні не є співавторами, а окремими авторами щодо кожного окремого твору і строк чинності майнових прав щодо них теж буде визначатися щодо кожного об'єкта окремо. Використання твору шляхом його переробки є одним із різновидів використання твору, на які потрібна згода автора та виплата йому винагороди, а використання твору шляхом створення на його основі інших творів у жанрі літературної, музичної або іншої пародії, попурі або карикатури законодавством не заборонено. Отже, важливим є вид переробки. Як зазначає А. Штефан, переробити слова пісні в пародійному (гумористичному) жанрі нескладно, проте гумористична переробка музичної композиції є малоймовірною. Використовувати пісню як мелодію та слова можна, лише якщо і мелодія, і слова перероблені в пародійному жанрі[10]. Це стосується створення нових творів на основі існуючих у пародійному жанрі.

Враховуючи те, що в попурі можна використовувати кілька впізнаваних мелодій з невеликих уривків відомих музичних композицій, то, на наш погляд, можуть також порушуватися права композиторів, оскільки в попурі не передбачається обов'язковість переробки мелодії, а лише її творча обробка шляхом компонування різних уривків. Постає питання, чи можна використовувати музичну композицію як попурі, а слова змінити на пародійні, враховуючи, що композиція і слова пісні не є складеним твором? На наш погляд, не можна таким чином використовувати музичну композицію, якщо вона залишається в невидозміненому вигляді і не комбінується з уривками з інших композицій (попурі).

Створення карикатур на основі художніх творів, які не є творами образотворчого мистецтва, однозначно не потребують дозволу автора та виплати йому винагороди. Проте створення карикатури на основі твору образотворчого мистецтва, графіки, скульптури без дозволу автора є законними, починаючи з 2016 року. Слід зазначити, що в багатьох країнах світу існують подібні положення про гумористичні переробки творів. Реалізація репродукцій творів образотворчого мистецтва, які без переробок відтворюють образ картини, що створена з *уяви творця* (а не змальована з існуючого пейзажу) є порушенням авторського права.

Щодо творів, які не підлягають тиражуванню, законодавство встановило спеціальне майнове право, так зване *право слідування,* тобто право на отримання 5 % винагороди від кожного наступного продажу твору після першого його продажу. Це право є невідчужуваним від автора, воно лише переходить у спадок спадкоємцям автора, строк його чинності загальний – 70 років після смерті автора. Таке право належить авторам творів, які існують в одиничному оригінальному екземплярі. Це право набуло поширення після прийняття Директиви ЄС № 2001/84 від 27 вересня 2001 року[11]. Проте законодавство різних країн по-різному підходить до визначення, щодо яких саме оригінальних творів застосовується право слідування. У деяких країнах передбачено перелік об'єктів, до яких це право не застосовується. Зокрема, в Фінляндії та Швеції до таких творів належать: твори архітектури, фотографічні твори та твори народної творчості[12]. В Україні ж до об'єктів права слідування відносять оригінали рукописів літературних творів та художні твори (ст. 448 ЦК України). Щодо останнього, то в законодавстві немає визначення, «художній твір» і «твір мистецтва» не мають серйозної змістовної різниці, по суті це слова-синоніми, а отже, художній твір охоплює і літературні твори, і інші твори, які мають естетичну цінність, оригінальність та не підлягають тиражуванню. До таких належать: твори образотворчого мистецтва, скульптури, графіки, архітектури, садово-паркового мистецтва, ужиткового мистецтва (ручна вишиванка, ткацтво, кераміка, різьблення, ливарство, художнє скло, ювелірні вироби). Проте, якщо застосовувати право слідування до всіх перелічених об'єктів, то виникатимуть труд-

нощі, особливо щодо творів садово-паркового мистецтва та архітектури. Адже не можна визнати об'єктом права слідування вартість всього будинку з інженерними комунікаціями та вартістю будівельного матеріалу (який імовірно куплявся не архітектором), а от авторство на ліпку і статуї може належати іншому автору (якщо ескізи таких об'єктів розроблені однією особою, а витвір матеріалізований іншою, то законодавство не визначає, чи є ці особи співавторами та як розподіляються їх права). У будь-якому разі існує необхідність чітко *визначити в законодавстві, які об'єкти відносять до художніх творів, щодо яких застосовується право слідування.*

Особливістю права слідування є те, що воно передбачає отримання 5 % від суми наступного продажу твору лише в разі його публічного продажу через аукціон, салон, галерею тощо. Крім того, слідкувати за отриманням цих відсотків має сам автор та (або) організації колективного управління, які здійснюють обов'язкове колективне управління щодо творів образотворчого мистецтва (ч. 2 п. 6 ст. 11 Закону України «Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав» від 15 травня 2018 р.[13]). Таку оплату провадять аукціони, салони чи галереї, через які здійснювався продаж, проте законодавство не передбачає обов'язку ні щодо таких аукціонів, ні щодо власників картин повідомляти авторів (організацій колективного управління) про продаж картин, інших об'єктів права слідування.

У авторів творів образотворчого мистецтва є ще одне додаткове особисте немайнове право – право доступу до твору (ст. 26 Закону України «Про авторське право і суміжні права»[14]). Воно передбачає, що автор має право доступу до твору, який він вже відчужив для зняття ескізів тощо. Проте для реалізації як права слідування, так і права доступу до твору слід у договорах про відчуження оригіналів творів, що не підлягають тиражуванню, передбачати обов'язок власника оригінального твору повідомляти автора про перепродаж твору та його місце перебування.

Законодавство містить норму про нікчемність передбачення в угодах з авторами умови про заборону (обмеження) на створення нових об'єктів права інтелектуальної власності в майбутньому (ч. 4 ст. 1112 ЦК України). У випадку зі створенням оригінальних картин, вишиванок, архітектурних споруд для замовника може бути важливим обмежити автора на створення подібного твору для збереження унікальності твору, який оплачує замовник. Проте, виходячи з положень чинного законодавства, така норма в будь-якому разі буде нікчемною.

Плагіат – це один із найпоширеніших видів порушень авторського права. Навіть *назва твору* може охоронятися авторським правом, однак лише у разі, якщо вона є результатом творчої інтелектуальної праці автора та є оригінальною. Проте заборона без згоди автора на використання певної назви – окремих слів у будь-якій сфері життєвої діяльності лише на підставі того, що вони є назвою якогось твору, є безглуздістю. На жаль, таке оціночне і нечітке врегулювання авторського права з багатьма винятками є поширеним явищем. Логічніше було б зазначити, що заборонено використовувати твір без посилання на його назву. Інша справа з використанням назв персонажів (екранізованих або казкових), але таких, *які не мають аналогів щодо їх змістовного навантаження у словниках.* Дійсно, право на назву тісно пов'язане зі змістом цієї назви, на відміну від об'ємних текстів творів. Прикладом такої охорони оригінальних назв творів, а одночасно і персонажів, є Рішення Рівненського міського суду у справі № 569/7389/15-ц, який визнав оригінальною і самостійною назву твору «Капітошка» і заборонив його використання як торгової марки без згоди автора і без виплати йому винагороди[15]. Додатковою підставою для такого рішення суду послугувало положення п. 2 ч. 4 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р.[16], в якому заборонено реєструвати торговими знаками позначення, які відтворюють «назви відомих в Україні творів науки і мистецтва або цитат і персонажів цих творів, твори мистецтва та їх фрагменти без згоди власників авторського права або їх правонаступників». У таких випадках призначається експертиза для визначення впізнаваності персонажу та його асоціювання людьми з даним твором, а не з чимось іншим.

Отже, в даному випадку *авторське право переплітається з правом промислової власності (правом на зміст інформації),* а саме – правом на зміст назви. Адже *у разі використання чужих ідей авторами наукових чи художніх творів законодавство не передбачає можливості проведення судової експертизи на предмет асоціювання цієї ідеї з певним автором.* Якщо твір перероблений шляхом перефразування (рерайтинг), і практично не залишилось фраз і зворотів, притаманних конкретному автору, то факту плагіату за чинним законодавством немає. Інша справа *поняття академічного плагіату* відповідно до Закону України «Про вищу освіту» від 1 червня 2014 р., який захищає науку від захисту дисертацій з використанням чужих наукових результатів, тобто *захищає зміст, а не форму,* проте не в рамках авторського права, а в рамках законодавства про освіту. Згідно з п. 6 ст. 69 цього Закону «академічний плагіат – це оприлюднення (частково або повністю) наукових результатів отриманих іншими особами як результатів власного дослідження та/або відтворення опублікованих текстів інших авторів без відповідного посилання»[17].

На жаль, чинне законодавство не дає чіткої відповіді на запитання, *де починається плагіат.* Враховуючи, що згідно з правилами української граматики навіть одне слово може утворювати речення, то, на наш погляд, слід деталізувати законодавство, передбачивши, що два складні речення (складнопідрядні чи складносурядні), які вжиті один за одним і повністю повторюють текст іншого твору, вважаються плагіатом, оскільки таке повторення точно не може бути випадковим. Подібні ж норми мають бути передбачені щодо музичних композицій. Залежно від розміру тексту, що незаконно запозичений (плагіату), має варіюватися розмір матеріального відшкодування автору.

Одним із видів порушень авторського права є його редагування видавництвами без згоди автора. Нерідко така згода як і автоматична передача всього комплексу авторських прав передбачається видавництвами на власних сайтах як умова публікації. Така інформація на сайтах вважається різновидом договору приєднання, і автор подаючи свій рукопис у дане видання, погоджується з такими умовами, проставивши галочку навпроти інформації про те, що з умовами публікації він погоджується *(різновид договору приєднання в електронній формі)*. Така ситуація відбувається через те, що згідно з чинним законодавством видавництва не є суб'єктами суміжних прав, проте як і організації мовлення вони доносять об'єкт інтелектуальної власності до споживача і витрачають при цьому власні кошти (нерідко навіть при оплаті публікації). На наш погляд, слід врегулювати це питання законодавчо, на зразок з поділом авторських майнових прав між автором і роботодавцем (порівну), крім випадків, коли публікація оплачується автором у повному обсязі. Спроба надати майнові права інтелектуальної власності видавництвам здійснена в Директиві 2019/790/ЄС «Про авторське право і суміжні права в єдиному цифровому ринку»[18], проте, як зазначає Ю.М. Капіца, майнові права видавця не передбачені законодавством, і майнові права інтелектуальної власності можуть виникати у видавців, лише якщо вони передані їм автором[19].

Особливими об'єктами авторського права є *пантоміма та хореографічні твори.* Проте, враховуючи те, що правова охорона на об'єкти авторського права виникає з моменту створення твору, то виходить, що якщо будь-який хореограф використав якийсь рух і це було об'єктивовано в певну матеріальну форму – відзнято на відеограму, то ніхто не має право повторювати цей рух публічно без згоди автора та виплати йому винагороди. Слід також зауважити, що, як правило, автор певного па та його виконавець збігаються в одній особі, в іншому разі автору (тренеру) теж буде складно довести, що саме він придумав цей рух. До того ж, тіло кожної людини унікальне, і рухи у виконанні кожної особи будуть різними, та й обмежувати людей авторським правом на певні рухи (пантоміму, хореографію) вважаємо порушенням прав людини. Якщо йдеться про певний відеоролик з танцем тощо, то, звісно, що аудіовізуальна продукція буде захищена суміжними правами.

Законодавство надає виконавцям право на *справедливу винагороду* за майновий найм та комерційний прокат фонограм, відеограм, навіть якщо вони передали всі майнові права виконавців виробникам цих фонограм, відеограм. Мінімальні ставки такої винагороди, як і мінімальні ставки авторського гонорару (роялті) у разі позадоговірного використання твору, передбачені в постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав» від 18 січня 2003 р. № 72[20]. Проте законодавство не регулює, як розподіляти таку винагороду між різними виконавцями однієї кінострічки тощо. Збирання та розподіл справедливої винагороди між виконавцями та виробниками фонограм здійснюється організаціями колективного управління в складі розширеного колективного управління майновими правами правовласників.

Висновки. *Правове регулювання авторського права в Україні має низку недоліків, особливо в частині:* 1) чіткого визначення способів та обсягу вільного використання творів; 2) забезпечення права на недоторканність твору та захисту права на честь, гідність і ділову репутацію автора; 3) визначення об'єктів права слідування; 4) визначення справедливого порядку розподілу прав між видавцями та авторами творів; 5) встановлення чітких норм щодо обсягу повтору, який вважається плагіатом; 6) встановлення прозорого механізму розподілу справедливої винагороди між виконавцями (авторами) аудіовізуальних об'єктів; 7) встановлення балансу між вільним використанням переробок творів в жанрі пародії, попурі та карикатури і прав авторів на комерційне використання цих творів тощо. Окремого дослідження потребують питання розміщення й поширення літературних творів та аудіовізуальної продукції у мережі Інтернет у контексті новоприйнятих директив Європейського Союзу.

---

[1] Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. №№ 40–44. Ст. 356.

[2] Ярега Г. Особисті немайнові права авторів. *Інформаційне право*. 2017. № 12. С. 217–224.

[3] Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи: постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 27 лютого 2009 р. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. № 3. С. 7.

[4] Пушкіна О.В., Грищенко І.М. Порушення права на повагу до честі, гідності та ділової репутації фізичної особи в мережі Інтернет. *Вісник Дніпропетровського університету імені Альфреда Нобеля. Серія «Юридичні науки».* 2013. № 1(4). С. 51–56.

[5] Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. №№ 25–26. Ст. 131.

[6] Кодекс України про адміністративні правопорушення України від 7 грудня 1984 р. *Відомості Верховної Ради Української РСР.* 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.

[7] Про внесення змін до Закону України «Про авторське право і суміжні права» щодо використання об'єктів авторського права в пародіях, попурі та карикатурах: Закон України від 5 жовтня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2016. № 46. Ст. 781.

[8] Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24 червня 1971 р. *Офіційний вісник України*. 2007. № 75. Ст. 2809.

[9] Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право = Intellectual property law: copyright / пер. с англ. В.Л. Вольфсона. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2004. С. 338–360. 535 с.

[10] Штефан А. Пародія на музичний твір з текстом в порядку вільного використання творів. *Теорія і практика інтелектуальної власності.* 2016. № 5. С. 66–73.

[11] Директива ЕС № 202001/84. URL: http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100087697&text= (дата доступа: 12.10.2019).

[12] Штефан О. Право слідування в Україні та інших країнах світу. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2009. № 5. С. 3–14.

[13] Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав: Закон України від 15 травня 2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 32. Ст. 242.

[14] Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.

[15] Веремко В. Чи можна, як та коли використовувати назви творів, не порушуючи авторських прав. *Закон і Бізнес.* 2017. URL: https://zib.com.ua/ua/129686-chi_mozhna_ta_yak_vikoristovuvati_nazvi_tvoriv_ne_porushuyuc.html (дата доступу: 07.11.2019).

[16] Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1994. № 7. Ст. 36.

[17] Про вищу освіту: Закон України від 1 червня 2014 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 37–38. С. 2004.

[18] 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.

[19] *Капіца Ю.М.* Директива 2019/790/ЄС Про авторське право в єдиному цифровому ринку та питання адаптації законодавства України. *Інформація і право.* 2019. № 3 (30). С. 65–77.

[20] Про затвердження мінімальних ставок винагороди (роялті) за використання об'єктів авторського права і суміжних прав: постанова Кабінету Міністрів України від 18 січня 2003 р. № 72. *Офіційний вісник України.* 2003. № 4. Ст. 129.

References:

Tsyvilnyi kodeks Ukrainy. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 2003, 40–44 [in Ukrainian].

Yareha, H. (2017). Osobysti nemainovi prava avtoriv. *Informatsiine pravo,* 12 [in Ukrainian].

Pro sudovu praktyku u spravakh pro zakhyst hidnosti ta chesti fizychnoi osoby, a takozh dilovoi reputatsii fizychnoi ta yurydychnoi osoby: postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy. *Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy,* 2003, 3 [in Ukrainian].

Pushkina, O.V., Hryshchenko, I.M. (2013). Porushennia prava na povahu do chesti, hidnosti ta dilovoi reputatsii fizychnoi osoby v merezhi Internet. *Visnyk Dnipropetrovskoho universytetu imeni Alfreda Nobelia. Seriia «Iurydychni nauky».* 1(4) [in Ukrainian].

Kryminalnyi kodeks Ukrainy. (2001). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 26 [in Ukrainian].

Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia Ukrainy. (1984). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainskoi RSR.* Dodatok do № 51 [in Ukrainian].

Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy «Pro avtorske pravo i sumizhni prava» shchodo vykorystannia obiektiv avtorskoho prava v parodiiakh, popuri ta karykaturakh: Zakon Ukrainy. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 46 [in Ukrainian].

Bernska konventsiia pro okhoronu literaturnykh i khudozhnikh tvoriv. (2007). *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy,* 75 [in Ukrainian].

Bently, L., Sherman, B. (2004). Pravo yntellektualnoi sobstvennosty: Avtorskoe pravo = Intellectual property law: copyright / Per. s anhl. V.L. Volfsona. SPb.: Yurydycheskyi tsentr Press [in Ukrainian].

Shtefan, A. (2016). Parodiia na muzychnyi tvir z tekstom v poriadku vilnoho vykorystannia tvoriv. *Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti,* 5 [in Ukrainian].

Dyrektyva ES № 202001/84. URL: http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100087697&text= [in Russian].

Shtefan, O. (2009). Pravo sliduvannia v Ukraini ta inshykh krainakh svitu. *Teoriia i praktyka intelektualnoi vlasnosti,* 5 [in Ukrainian].

Pro efektyvne upravlinnia mainovymy pravamy pravovlasnykiv u sferi avtorskoho prava i (abo) sumizhnykh prav: Zakon Ukrainy. (2018). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 32 [in Ukrainian].

Pro avtorske pravo i sumizhni prava: Zakon Ukrainy. (1994). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 13 [in Ukrainian].

Veremko, V. (2017). Chy mozhna, yak ta koly vykorystovuvaty nazvy tvoriv, ne porushuiuchy avtorskykh prav. *Zakon i Biznes* [in Ukrainian]. URL: https://zib.com.ua/ua/129686-chi_mozhna_ta_yak_vikoristovuvati_nazvi_tvoriv_ne_porushuyuc.html

Pro okhoronu prav na znaky dlia tovariv i posluh: Zakon Ukrainy. (1994). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 7 [in Ukrainian].

Pro vyshchu osvitu: Zakon Ukrainy. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 37–38 [in Ukrainian].

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.

Kapitsa, Yu.M. (2019). Dyrektyva 2019/790/IeS Pro avtorske pravo v yedynomu tsyfrovomu rynku ta pytannia adaptatsii zakonodavstva Ukrainy. *Informatsiia i pravo*, 3 (30) [in Ukrainian].

Pro zatverdzhennia minimalnykh stavok vynahorody (roialti) za vykorystannia obiektiv avtorskoho prava i sumizhnykh prav: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy. (2003). *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy,* 4 [in Ukrainian].

Резюме

Петряєв С.Ю., Когут Н.Д. **Особливості реалізації окремих авторських прав.**

У статті досліджуються майнові та особисті немайнові авторські права, щодо яких виникає найбільше труднощів у механізмі їх реалізації. Особливу увагу автори приділяють таким правам автора: право на захист честі, гідності та ділової репутації автора; право на недоторканність твору; право слідування; право на винагороду (роялті) за комерційне використання твору.

Автори пропонують чітко визначити обсяг повтору в літературних та музичних творах, що визнаватиметься плагіатом. Крім того, досліджуються правовідносини між авторами та видавцями і можливі шляхи законодавчого врегулювання розподілу майнових прав між ними.

Ключові слова: авторське право, право на недоторканність твору, плагіат, право слідування, роялті, пародія на твір, вільне використання твору.

Резюме

Петряев С.Ю., Когут Н.Д. **Особенности реализации отдельных авторских прав.**

В статье исследуются имущественные и личностные неимущественные авторские права, относительно которых возникает более всего трудностей в механизме их реализации. Особое внимание авторы уделяют таким правам автора: право на

защиту чести, достоинства и деловой репутации автора; право на неприкосновенность произведения; право следования; право на вознаграждение (роялти) за коммерческое использование произведения.

Авторы предлагают четко определить объем повторения в литературных и музыкальных произведениях, который будет признаваться плагиатом. Кроме того, исследуются правоотношения между авторами и издательствами, а также возможные пути законодательного урегулирования распределения имущественных прав между ними.

Ключевые слова: авторское право, право на неприкосновенность произведения, плагиат, право следования, роялти, пародия на произведение, свободное использование произведения.

Summary

Sergii Petriaiev, Natalya Kogut. **Peculiarities of Some Author's Rights Realization.**

The most complicated in its realization material and personnel author's rights are investigated in the article. The authors pay special attention to the next intellectual property rights: defense of the honor, dignity and goodwill of the author; inviolability of the composition; follow right; right of remuneration (royalty) for the commercial usage of the composition. The right of inviolability of the composition is a non-material right of intellectual property according to Ukrainian legislation but as an exception may be defended by other persons which are not subject of this right. On the contrary with the right of inviolability the right to change composition is a kind of material right of the author, which may be inherited. But changes into authors composition without his agree may break authors right on the honor and dignity which nevertheless exist during the lifetime of the author. Personnel non-material rights are valid during one's lifetime on the contrary to the personnel rights of intellectual property. Thus, it is worth to provide that right to change composition after the death of the author other than translation or adoption as non-transferring material right of the author.

Follow right is the inalienable author's right for 5% from the sale price of the original artistic composition. Civil code of Ukraine doesn't reveal to which kinds of artistic compositions may be applied follow right except for fine art compositions. It is told about works of fiction but it doesn't allow to distinguish which objects should be excluded from the follow right. Logic position and international practice show that architectural objects and objects of folk arts are not amongst those, which may be used follow right for.

Right of remuneration (royalty) for the commercial usage of the composition is weakly regulated. The main trouble that on the contrary with many other countries Ukrainian legislation doesn't anticipate an obliged payments for commercial usage of compositions to persons who owns a material intellectual property rights. Besides, the exceptional list of free cases of compositions using contains also kinds of using which may anticipate commercial aspects. Especially it's relevant to parodies, potpourri and caricatures. Using in such way changed compositions as a rule gives some commercial benefit or profit from advertising in the Internet whilst video clip. Also such kinds of composition's changes may break the author's right on honor, dignity and goodwill as well as an inviolability of the composition.

The authors propose to define strictly the amount of repeat in the literature and musical compositions, which will be recognized as plagiarism. Besides, legal relations between the authors and publishers and possible ways of legal regulation of their material rights division are investigated in the article.

Key words: copyright, right of inviolability of the composition, plagiarism, follow right, royalty, parody of the composition, free use of the composition.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.45

УДК 347.77+34.05

Р.В. БУДКА

Руслан Володимирович Будка, *аспірант Київського університету права НАН України*[*]

ORCID: 0000-0002-4748-5565

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ЧЕСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ ТА УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Міжнародно-правова основа регулювання права інтелектуальної власності, на перший погляд, є доволі розвинутою. Водночас цього на сьогодні недостатньо, оскільки таке правове регулювання стосується традиційних інститутів права власності. Водночас набуває актуальності захист права інтелектуальної власності в інноваційній сфері – штучного інтелекту та пов'язаного із цим захисту персональних даних, а також останні тенденції розвитку ІТ-права, які розширюють коло об'єктів охорони права інтелектуальної власності (далі – ПІВ). Це – спільні знаменники, які характеризують розвиток імплементації міжнародних стандартів захисту ПІВ як в Україні, так і в Чехії. Натомість чеська система захисту ПІВ зумовлена членством Чеської Республіки (далі – Чехія, ЧР) у Європейському Союзі (далі – ЄС), основні принципи правопорядку якого мають непрямий горизонтальний вплив на чеський правопорядок, та особливостями верховенства Конституції ЧР. Українська система правового захисту ПІВ зумовлена конституційними приписами, згідно з якими міжнародні договори, яким у встановленому порядку надана згода на обов'язковість Верховною Радою, є невід'ємною частиною законодавства нашої країни. На цю систему також впливає чин-

© Р.В. Будка, 2019

[*] ***Ruslan Boudka,*** *Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

ність Угоди про асоціацію між Україною та ЄС і заходи, спрямовані на втілення її положень. Це має важливе значення про розуміння подальших тенденцій розвитку ПІВ в Україні у контексті європейської інтеграції та поглиблення механізмів його захисту.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різного роду аспектам взаємодії національного і міжнародного права присвячені праці вітчизняних та чеських науковців, зокрема Й. Гака, Д. Карабеца, К. Кліми, Т. Комарової, Ї. Маленовскі, Р. Петрова, М. Поспішила, І. Телеца, В. Тиса, М. Томасека, А. Фаладової, Л. Якла та інших авторів. Водночас мало досліджень, що стосуються порівняльного аналізу взаємодії національного і міжнародного права в українському та чеському права в аспекті охорони права інтелектуальної власності. Ця стаття спрямована на те, щоб певним чином подолати і заповнити цю прогалинцу наукових досліджень.

Мета статті. Виходячи із наведеного, метою цього дослідження є компаративний аналіз окремих міжнародно-правових аспектів чеської та української систем захисту ПІВ у контексті процесів європейської інтеграції.

Основна частина. У статті буде здійснено компаративний аналіз взаємодії міжнародного та національного права у сфері правової охорони права інтелектуальної власності в Україні та Чеській Республіці з урахуванням матеріалів судової практики.

Україна. Конституційний порядок в Україні базується на засадах верховенства Конституції України щодо міжнародних договорів[1]. У цьому відношенні діє основоположне правило, згідно з яким у разі наявності колізій між Конституцією України та міжнародним договором, необхідно вносити зміни до Конституції. За такого підходу надається перевага конституційним гарантіям захисту при участі України в міжнародному договорі, який стосується сфери ПІВ. Якщо за результатами міжнародних перемовин видно, що укласти договорів без певних положень, які йдуть усупереч конституційних гарантій, неможливо, необхідно вирішувати питання щодо внесення відповідних змін до Конституції України (частина друга ст. 9). Конституційна формула, згідно з якою міжнародні договори (частина перша ст. 9), згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, є невід'ємною частиною законодавства України та актуальна при дотриманні умов частини другої ст. 9 Конституції. Як це насправді діє у світлі співвідношення конституційних засад та принципів міжнародного права?

Попри формулу Закону про міжнародні договори України (частина друга ст. 19)[2], це жодним чином не означає безумовної переваги положень міжнародних договорів перед національним законодавством з огляду на принцип верховенства Конституції щодо міжнародних договорів. Стосовно цієї проблематики існує два аспекти, які підтверджені практикою Конституційного Суду України.

1. Перший аспект полягає у формулювання доктрини дружнього ставлення до міжнародного права, яку КСУ сформулював як[3]:

«Конституційний Суд України враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна, зокрема Європейським судом з прав людини. Оскільки стаття 2

тем держав-членів» та має перевагу перед правовим порядком держав-членів. З цієї причини регулювання ПІВ на рівні ЄС є дуже важливим для Чехії.

У рамках ЄС Чехія включена у регіональну систему захисту ПІВ. Серед основних інструментів правової охорони ПІВ ЧР у рамках ЄС слід виділити Конвенцію про запровадження європейського патенту 1972 р., або так звану Європейську патентну конвенцію (далі – ЄПК), на підставі якої діє Європейське патентне відомство (далі – бюро, European Patent Office). Слід також наголосити, що Чехія здійснює співробітництво і по лінії так званого Євроазійського патенту та з африканськими країнами[16].

Наприклад, Регламент ЕС 1383/2003, також відомого як «Положення про прикордонні заходи», являє собою об'єднавчий регламент щодо захисту ПІВ у ситуаціях, коли такі права порушуються особами з країн, які не є членами ЄС. Незважаючи на те, що цей регламент є безпосередньо чинним, він забезпечує лише загальне регулювання багатьох питань і залишає його імплементацію на розсуд національного законодавця. У Чехії його імплементація здійснена так званим «Законом проти піратства»[17]. Метою цього Регламенту є насамперед уніфікація та покращення загального функціонування системи боротьби з порушеннями прав інтелектуальної власності третіми країнами. Вагомими причинами для видання регламенту стали зусилля щодо підвищення захисту придатних виробників, торговців і, не в останню чергу, також споживачів.

Питання регламенту ЕС 1257/2012 є результатом багаторічних переговорних процесів між державами-членами ЄС щодо впровадження так званого патенту Співтовариства. Переговори розпочалися ще в 1975 р., коли в Люксембурзі була прийнята Конвенція про європейський патент на спільному ринку. Ця конвенція передбачала запровадження патенту, який би користувався рівномірним захистом на всій території Європейських співтовариств. Оскільки вона не була ратифікована достатньою кількістю держав-членів, ця Конвенція ніколи не набирала чинності, а ідея унітарного патентного захисту не була повністю реалізована до прийняття Регламенту ЕС 1257/2012. Цьому передувало ухвалення 1973 р. у м. Мюнхені Конвенції про європейський патент, на основі якої було створено Європейське патентне відомство, яке уповноважене видавати так званий європейський патент. Заявка може бути подана безпосередньо до відомства або до національних патентних відомств держав-членів, які потім направлять її до Європейського патентного відомства. Як зазначають чеські правознавці М. Поспішіл, Я. Гак та Я. Ремішова: «Європейське патентне відомство проводить офіційну експертизу заявки, здійснює пошук, потім публікує заявку, проводить істотну перевірку заявки на вимогу заявника і, відповідно до результату, або надає патент, або відхиляє заявку»[18].

Слід також відзначити співробітництво Чехії із країнами Вишеградської четвірки у сфері ПІВ. Зокрема, країни Вишеградської групи (V4) спільно утворили Вишеградський патентний інститут (VPI), діяльність якого розпочалася з 1 липня 2016 року. Це міжурядова організація патентного співробітництва, створена чотирма країнами Вишеградської групи, тобто Чехією, Угорщиною, Польщею Республіка та Словаччина (країни V4). ІПП пропонує користувачам цієї патентної системи захисту (особливо окремим винахідникам, МСП та науково-дослідним організаціям) сприятливий та ефективний варіант отримання патентної охорони за кордоном шляхом полегшення доступу заявників до системи, встановленої Договором про патентне співробітництво (далі – PCT) на вигідних умовах. ІПП було створено як Міжнародний орган пошуку та Міжнародний орган попередньої експертизи відповідно до Договору про патентне співробітництво (далі – PCT). Таким чином, ІПП заповнив територіальну прогалину в глобальній системі PCT, виступаючи міжнародним органом для Центральної та Східної Європи. У рамках ВОІВ Центральноєвропейська та Прибалтійська групи були єдиною регіональною групою, в якій не було функціонуючого міжнародного органу при PCT. Основні цілі ІПС – сприяння інноваціям, творчості та посиленню конкурентоспроможності підприємств з країн Вишеградської групи та країн Центральної та Східної Європи[19].

Іншим аспектом чинності права ЄС у національному правопорядку ЧР є доктрина горизонтального ефекту, остаточно сформульована Судом ЄС у 2004 р. у справах Faccini Dori (C-91/92) і Mangold (C-144/04), згідно з якою норми і принципи права ЄС однаковою мірою поширюються на приватних осіб, які вступають у горизонтальні зв'язки між собою на засадах рівності та еквівалентності. У разі наявності колізій між правом ЄС та законодавством ЧР чи діловою практикою у приватноправових відносинах застосовуються принципи і норми права ЄС. Суд ЄС постановив, що за таких обставин має місце конкретизація конкретного принципу права ЄС, без його конкретного закріплення в національному законодавстві. У разі виникнення спірної ситуації між приватними особами на практиці суди надають перевагу сформульованим підходам Суду ЄС при вирішенні аналогічних справ.

Протягом 2000-х рр. законодавство у сфері ПІВ ЧР зазнавало неодноразового оновлення. Однак кардинально на цю новелізацію вплинули процеси інтеграції та трансформації ЄС, який після ратифікації державами-учасницями Лісабонського договору набув міжнародної правосуб'єктності, відбулася транспозиція права ЄС до законодавства ЄС. Така транспозиція означає процес, який має на меті досягнення адаптації, зближення, гармонізації, уніфікації з правом ЄС чи іншої міжнародної організації і передбачає застосування багатьох методів і способів задля досягнення мети перенесення acquis ЄС у правові системи третіх країн[20]. З цією метою було внесено, наприклад, зміни у авторський закон № 216/2006 Sb. від 22 квітня 2006 року. Цим законом було імпелементовано у правову систему ЧР низку правових актів ЄС, зокрема, директиву Європейського парламенту і Ради ЄС 2001/29/ЕС про гармонізацію окремих аспектів авторського права та суміжних прав інформаційного суспільства, директиву Європейського парламенту і Ради ЄС 2001/84/ЕС про право на повторний продаж на користь автора оригіналу мистецького твору, а також директива Європейського парламенту і Ради ЄС 2004/48/ЕС про додержання прав інтелектуальної власності.

Висновки. Порівняльний аналіз основних засад взаємодії міжнародного та національного права між Україною та Чеською Республікою свідчить про наявність подібних і відмінних рис. Подібність ґрунтується на тому, що конституції обох держав містять амбівалентний правовий режим дії положень міжнародного та національного права, згідно з яким положення міжнародних договорів, які належним чином імплементовані до національного законодавства, є його невід'ємною частиною. Насправді це означає верховенство національної конституції щодо положень ратифікованого міжнародного договору, який, у свою чергу, має перевагу над національним законодавством у силу засади добросовісного виконання міжнародних договорів і неприпустимості посилання на недоліки національного законодавства як обставину, що може служити підставою невиконання міжнародних зобов'язань. Таку систему взаємодії окремі чеські правознавці навіть іменують як «анемічну».

Відмінність правопорядків України та Чеської Республіки щодо взаємодії міжнародного та національного права зумовлені чинником ЄС, оскільки ЧС є державою-членом останнього. При взаємодії національного правопорядку України із ЄС така має місце у формі зближення, юридичні форми якої визначені Угодою про асоціацію між Україною та ЄС. Взаємодія національного порядку ЧР та правопорядку ЄС визначається у сфері права інтелектуальної власності принаймні через два параметри: 1) засадою верховенства права ЄС як наднаціонального об'єднання над законодавством ЧР; 2) горизонтальним ефектом дії права ЄС у разі, коли законодавство ЧР належним чином не конкретизує і не деталізує принципи і норми ЄС у приватноправових відносинах між приватними особами.

---

[1] Конституція України у редакції від 21.02.2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80

[2] Це положення містить наступне правило (Закон України № 1906-IV «Про міжнародні договори України»). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15

Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору.

[3] Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2016. URL: http://www.ccu.gov.ua/docs/1858

[4] Віденська конвенція про право міжнародних договорів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118

[5] Рішення Конституційного Суду України № 1-р/2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19

[6] Угода про асоціацію між Україною, з одної сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергетики і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/984_011

[7] Constitution of the Czech Republic of 16 December 1992. No 1/1993 Sb.

[8] Klima K. *Constitutional Law of the Czech Republic*. Plzen: Ales Cenek, 2008. P. 133.

[9] Malenovsky J. *Mezinárodní právo veřejné. Obecná část a poměr k jiným právním systémům*, 6. Vydání. Plzen: Ales Cenek, 2014. P. 413.

[10] Klima K. Notes 8. P. 137.

[11] Telec I. *Prehled prava dusevniho vlastnictvi. Lidskopravni zaklady*. Brno: Vydalo nakladatelstvi Doplnek, 2007. S. 66.

[12] Telec I., Tůma P. Přehled práva duševního vlastnictví a jeho právní ochrany v České republice. *PRÁVNÍ RÁDCE*. 2004. № 2. S. II.

[13] Faladova Adela. *Autorske parvo v praxi*. FCC Public, s.r.o., 2015. S. 10.

[14] Там само. С. 11.

[15] Tomasek M., Tyc V. *Pravo Evropske unie*. Praha: Leges, 2017. S. 73.

[16] Jakl Ladislav. *Rozbor právní ochrany vynálezů patentem a zároveň technických řešení užitným vzorem*. Praha: Metripolitni Univerzita Praha, 2017. S. 75.

[17] Zákon č. 191/1999 Sb., o opatřeních týkajících se dovozu, vývozu a zpětného vývozu zboží porušujícího některá práva duševního vlastnictví.

[18] Pospíšil, M.; Hák, J.; Remišová, J.: *Práva z průmyslového vlastnictví*. 1. Vydání. Praha Vysoká škola aplikovaného práva, s.r.o., 2007. S. 29.

[19] Karabec David. Visegradska skupina a ochrana dusevhiho vlastnictvi. *Pravni proctor.* URL: https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/visegradska-skupina-a-ochrana-dusevniho-vlastnictvi

[20] Петров Р.А. «Транспозиція» права як складова процесу приведення законодавства України у відповідність до «acquis» Європейського Союзу. *Право України.* 2013. № 6. С. 70–76.

References:

Constitution of Ukraine in edition on 21 February 2019 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 [in Ukrainian].

Law of Ukraine on International Treaties of Ukraine № 1906-IV on 29 June 2004 (2004). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15 [in Ukrainian].

Decision of the Constitutional Court of Ukraine № 2-рп/2016 on 1 June 2016. URL: http://www.ccu.gov.ua/docs/1858 [in Ukrainian].

Vienna Convention on the Law of Treaties on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. *United Nations, Treaty Series* 1155 (331). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118 [in Ukrainian].

Decision of the Constitutional Court of Ukraine № 1-р/2019 on 26 February 2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19 [in Ukrainian].

Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their member states, of the one part, and Ukraine, of the other part on 1 September 2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/984_011 [in Ukrainian].

Constitution of the Czech Republic of 16 December 1992. No 1/1993 Sb. [in Czech].

Klima, K. (2008) *Constitutional Law of the Czech Republic*. Plzen: Ales Cenek [in Czech].

Malenovsky, J. (2014). *Mezinárodní právo veřejné. Obecná část a poměr k jiným právním systémům*, 6. Vydání. Plzen: Ales Cenek [in Czech].

Telec, I. (2007). *Prehled prava dusevniho vlastnictvi. Lidskopravni zaklady*. Brno: Vydalo nakladatelstvi Doplnek [in Czech].

Telec, I., Tůma, P. (2004). Přehled práva duševního vlastnictví a jeho právní ochrany v České republice. *PRÁVNÍ RÁDC* 2 [in Czech].

Faladova Adela. (2015). *Autorske parvo v praxi*. FCC Public, s.r.o. [in Czech].

Tomasek, M., Tyc V. (2017). *Pravo Evropske unie*. Praha: Leges [in Czech].

Jakl, Ladislav. (2017). *Rozbor právní ochrany vynálezů patentem a zároveň technických řešení užitným vzorem*. Praha: Metripolitni Univerzita Praha [in Czech].

Zákon č. 191/1999 Sb., o opatřeních týkajících se dovozu, vývozu a zpětného vývozu zboží porušujícího některá práva duševního vlastnictví [in Czech].

Pospíšil, M.; Hák, J.; Remišová, J. (2007). *Práva z průmyslového vlastnictví*. 1. Vydání. Praha Vysoká škola aplikovaného práva, s.r.o. [in Czech].

Karabec, David. (2018). Visegradska skupina a ochrana dusevhiho vlastnictvi. *Pravni proctor.* Retrieved from: https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/visegradska-skupina-a-ochrana-dusevniho-vlastnictvi [in Czech].

Petrov, R.A. (2013). «Transpozytsiia» prava iak skladova protsesu pryvedennia zakonodavstva Ukrainy u vidpovidnist' do «acquis» Yevropejs'koho Soiuzu. *Pravo Ukrainy,* 6, 70–76 [in Ukrainian].

Резюме

Будка Р.В. **Міжнародно-правові аспекти цивільно-правової охорони права інтелектуальної власності в Чеській Республіці та Україні.**

Метою статті є компаративний аналіз окремих міжнародно-правових аспектів чеської та української систем захисту ПІВ у контексті процесів європейської інтеграції. На основі застосування догматичного, природно-правового та порівняльно-правового підходів проаналізовано особливості взаємодії міжнародної та національної системи правової охорони права інтелектуальної власності. Розкрито особливості міжнародно-правової охорони права інтелектуальної власності в Чеській Республіці, зокрема на рівні універсальних та регіональних системи міжнародного захисту, а також у рамках верховенства права Європейського Союзу та його горизонтальної дії щодо чеського законодавства.

Ключові слова: верховенство права ЄС, верховенство конституції, горизонтальний ефект права ЄС, європейське патентне право, міжнародне право, національне право, право інтелектуальної власності.

Резюме

Будка Р.В. **Международно-правовые аспекты гражданско-правовой охраны прав интеллектуальной собственности в Чешской Республике и Украине.**

Целью статьи является компаративный анализ отдельных международно-правовых аспектов чешской и украинской систем защиты права интеллектуальной собственности в контексте процессов европейской интеграции. На основе применения догматического, естественно-правового и сравнительно-правового подходов проанализированы особенности взаимодействия международной и национальной системы правовой охраны права интеллектуальной собственности. Раскрыты особенности международно-правовой охраны прав интеллектуальной собственности в Чешской Республике, в частности на уровне универсальных и региональных систем международной защиты, а также в рамках верховенства права Европейского Союза и его горизонтального эффекта по отношению к чешскому законодательству.

Ключевые слова: верховенство права ЕС, верховенство конституции, горизонтальный эффект права ЕС, европейское патентное право, международное право, национальное право, право интеллектуальной собственности.

Summary

Ruslan Boudka. **International Legal Aspects of Civil Protection of Intellectual Property Rights in the Czech Republic and Ukraine.**

The purpose of the article is a comparative analysis of certain international legal aspects of the Czech and Ukrainian systems of protection of IPR in the context of European integration processes. A comparative analysis of the basic principles of the interaction between international and domestic law between Ukraine and the Czech Republic shows that there are similar and distinct features. The similarity is based on the fact that the constitutions of both states contain an ambivalent legal regime effect of the provisions of international and national law, according to which the provisions of international treaties, which are properly implemented in domestic law, are an integral part of it. This means the supremacy of the national constitution on the provisions of a ratified international treaty, which, in turn, takes precedence over domestic law by virtue of the principle of good faith implementation of international treaties and the inadmissibility of invoking deficiencies in internal law and as a ground for non-compliance with international obligations.

On the basis of the application of dogmatic, natural law and comparative-legal approaches the peculiarities of interaction of the international and domestic system of legal protection of intellectual property law are analyzed. The peculiarities of international legal protection of intellectual property law in the Czech Republic are revealed, in particular at the level of universal and regional systems of international protection, as well as in the framework of the supremacy of the European Union law and its horizontal effect on the legislation of Czech Republic.

The difference between the legal order of Ukraine and the Czech Republic on the interaction of international and national law is conditioned by an EU factor, since the Czech Republic is a Member State of the Union. In the course of interaction between the domestic legal order of Ukraine with the EU, this takes place in the form of an approximation, the legal forms of which are defined by the Association Agreement between Ukraine and the EU. The interaction between the internal law of the Czech Republic and the EU law is determined in the field of intellectual property rights through at least two parameters: 1) the supremacy of law of the EU over the legislation of the Czech Republic; 2) the horizontal effect of EU law when the legislation of the Czech Republic does not properly specify and detail the principles and norms of the EU in private-law relations between individuals.

Key words: domestic law, European patent law, horizontal effect of EU law, intellectual property law, international law, supremacy EU law, supremacy of constitution.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.46
УДК 347.77

Ю.Ю. ВІШАР

Юлія Юріївна Вішар, *аспірант Київського університету права НАН України*[*]
ORCID: 0000-0002-7887-5072

ЗАКОНОДАВЧИЙ ЕКЛЕКТИЗМ У ОХОРОНІ ПРАВ НА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНИЙ ЛІКПРОДУКТ

Постановка проблеми. Життєво необхідна, стратегічно важлива для держави фармацевтична галузь в епоху законодавчих змін безпосередньо відображається на закріпленні вітчизняних цивілістичних позицій інтелектуальної власності на лікарські засоби. Інтелектуальна власність на лікарські засоби, яка є адептом фармацевтики, у вже існуючій системі правового контролю й захисту інтелектуального продукту у фармацевтиці в Україні, складеній із Конституції України (документ № 254к/96-ВР, 28.06.1996 р.)[1], кодексів (зокрема, Цивільного кодексу України (документ № 435-IV, 16.01.2003 р.))[2], законів (зокрема, Закону України (№ 123/96-ВР, 04.04.1996 р.) «Про лікарські засоби»[3], Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (№ 2801-XII, 19.11.1992 р.))[4], підзаконних нормативних актів, прийнятих центральними органами виконавчої державної влади (зокрема, Міністерством охорони здоров'я України), імплементації міжнародно-правових актів, яка має низку недоліків, що спричиняє спірні питання при впровадженні та використанні об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, потребує ретельного вивчення і науково-практичних досліджень.

Безперечно, трансформація положень міжнародно-правових актів у національне законодавство вдало відображена в істотних реформаторських перетвореннях в українській медицині, які тривають, принаймні, дзеркально відображаючись у новелах вітчизняного законодавства, сприяє поступовому наближенню національної нормативно-правової бази у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби до системи права Європейського Співтовариства.

Втім, недостатнє забезпечення належної правової визначеності об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби є результатом вітчизняного законодавчого еклектизму у охороні прав на інтелектуальний лікпродукт (прим. автора – механічне поєднання різнорідних за правовими системами елементів зрілого законодавчого досвіду Європейської спільноти із «ембріональним» інтелектуальним національним законодавством, зокрема у сфері фармацевтики), породженого юридичною поверховістю та некомпетентністю у інтелектуальній національній законотворчості у фармацевтичній галузі. Як наслідок, при незмінності правових цінностей – наявність патентного тролінгу, контрафактної фармацевтичної продукції, корупційних схем у медицині, недобросовісної конкуренції, фальсифікації ліків тощо.

На думку автора, ахіллесова п'ята вищезазначеної проблематики у відсутності як чітких визначень і позначень об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, так і класифікації винаходів у фармацевтиці, внаслідок чого знівельовано охоронну цілісність патентів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження аспектів цивільно-правової охорони інтелектуальної власності такими вченими, як О.В. Басай, О.М. Мельник, П.Ф. Немеш, О.О. Підопригора, Г.О. Ульянова, Р.Б. Шишка, зумовлені тим, що питанням забезпечення належної охорони прав інтелектуальної власності приділяється недостатньо уваги. Тому структурований підхід до викладення потреб правотворення в Україні, викликаних необхідністю адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу, сприяє утворенню вітчизняної школи права інтелектуальної власності із висвітленням ролі та значення інтелектуальної власності в соціально-економічному розвитку України[5].

Вбачається, що таким чином у дослідженнях загальнотеоретичного плану вчені намагаються виявити особливості окремих інститутів, категорій, елементів інтелектуальної власності та вирішити питання про місце і статус права інтелектуальної власності в системі українського права на підставі його виділення зі складу цивільного права в самостійну галузь, що, на наше глибоке переконання, повинно бути завершеним розробкою відповідного Кодексу із подальшим його впровадженням та адаптацією до діючих національних нормативно-правових актів.

Водночас, на противагу досягненням медичної реформи в Україні, перелік проблем у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби, проаналізованих у науково-практичних дослідженнях інтелектуальної власності у фармації, зокрема, у працях вітчизняних вчених Г.О. Андрощука, Н.О. Артамонової, Н.М. Ждановї, І.А. Кириченка, спрямованих на представлення особливостей біологічно активних сполук (далі – БАС), фармацевтичних композицій, найбільш виражену господарську незалежність патентів БАС, наявність патентного тролінгу й «вічнозелених патентів» у фармації, правоздатність генериків; на зв'язок захисту інте-

© Ю.Ю. Вішар, 2019

[*] ***Iuliia Vishar,*** *Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

лектуальної власності та рівня економічної безпеки підприємств у фармацевтичній галузі в дослідженнях вчених Г.О. Андрощука і В.І. Мунтіяна; у роботах дослідників В.В. Чумака і В.А. Юдіна – на перспективу економічного розвитку фармацевтичного ринку; на гармонізацію прав інтелектуальної власності в медичній сфері і прав людини, ліцензування на ринку лікарських засобів у дослідницьких роботах О.Ю. Кашинцевої; на дотримання прав інтелектуальної власності у фармації в рамках імплементації в дослідженні В.М. Тіманюк, І.В. Тіманюк, З.М. Мнушко; вказує на розрізненість за напрямами, фрагментарність за змістом, відсутність єдності розглянутих питань, комплексності вирішення проблем досліджуваної теми інтелектуальної власності на лікарські засоби, як такої[6].

Ускладненість репрезентацією дослідниками причинно-наслідкових відношень, що являють собою окремий випадок відношень, обставин, які вказують на сукупність конкретних умов, у яких здійснюються, відбуваються будь-які явища, процеси, події, факти, пов'язані з чимось, що сприяють на щось, супроводжують щось або викликають появу чогось, – фактично підкреслює, на наш погляд, трансформацію початкової законодавчої інтероперабельності у законодавчий еклектизм.

Показово, що відсутність фундаментальних досліджень в рамках науки цивільного права про придбання, реалізацію та захист прав на результати інтелектуальної діяльності, про вдосконалення і розвитку інститутів інтелектуальної власності, за винятком окремих наукових робіт, свідчить про те, що процес осмислення феномена інтелектуальної власності, зокрема, на лікарські засоби, в українській правовій науці триває.

Формулювання мети статті. Метою статті є висвітлення причинно-наслідкових зв'язків у законотворчій проблематиці інтелектуальної власності на лікарські засоби, починаючи як із визначень лікарських засобів як об'єкта інтелектуальної власності, при порівнянні зазначеного, зокрема, у Законі України «Про лікарські засоби» від 04 квітня 1996 р. та Директиві 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06 листопада 2001 р. «Про кодекс спільноти відносно лікарських препаратів, призначених для застосування людьми», понять «гомеопатичні лікарські засоби», «конфіденційна реєстраційна інформація», «незалежний експерт», «референтний лікарський засіб», «оригінальний (інноваційний лікарський засіб)», «неправомірне використання реєстраційної інформації про безпеку та ефективність лікарського засобу», «подібний біологічний лікарський засіб (біосиміляр)», відповідно наказів МОЗ, а саме: № 426 (п. п. 14, 29, 35, 36, 37, 40, 53 ст. 1 Розділу ІІ); так і порівняльного співвідношення Положень у вітчизняному законодавстві, зокрема, між Законом України «Про лікарські засоби» від 04 квітня 1996 р., постановою КМУ № 376 і наказом МОЗ № 426 тощо. Також, на думку автора, необхідно вказати на упущення щодо відсутності чіткої класифікації винаходів у фармацевтиці – фактично, підвалини для адекватного патентування, наявність якої сприятиме забезпеченню безпеки, якості й ефективності лікарських засобів. До того ж, вважаємо, доцільно звернуто увагу на важливість екстемпоральних аптек як практичної підмоги у правовій прозорості інтелектуального фармацевтичного ринку та відповідальності його учасників.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що українське законодавство у сфері охорони прав інтелектуальної власності на лікарські засоби в цілому було приведено у відповідність до законодавства ЄС у більшості аспектів. Втім, встановлено деякі розбіжності у обсязі визначення поняття «лікарський засіб». Так, у п. 1 ст. 2 Закону України «Про лікарські засоби» від 04 квітня 1996 р. визначення поняття «лікарський засіб» стосується лише загальних характеристик та цільового застосування речовини, а саме: «будь-яка речовина або комбінація речовин одного або декількох активних фармацевтичних інгредієнтів (АФІ) та допоміжних речовин, що має властивості та призначена для…»[7]. У п. 2 ст. 1 Директиви 2001/83 від 06 листопада 2001 р. подібне визначення стосується форми, у якій лікарський засіб подається на розгляд, а саме: «будь-яка речовина або комбінація речовин, що має властивості…»[8], що дозволяє здійснювати ефективний нагляд за засобами, які мають граничні властивості, та за продуктами, що не є лікарськими засобами, які умисно представлені на ринку як лікарські. До того ж, Закон України «Про лікарські засоби» не містить загального правила про те, що його положення стосуються лише лікарських засобів, які виготовлені промисловим шляхом і призначені для виходу на ринок (що виключило б зі сфери застосування даного Закону продукцію «inbulk» та АФІ), яке було б еквівалентним положенню п. 1 ст. 2 даної Директиви[9].

Також п. 3 ст. 2 даного Закону України містить перелік лікарських засобів, які внесені до категорії «лікарських засобів», а саме: «До лікарських засобів належать: АФІ, продукція «in bulk»; готові лікарські засоби (лікарські препарати, ліки, медикаменти); гомеопатичні засоби; засоби, які використовуються для виявлення збудників хвороб, а також боротьби із збудниками хвороб або паразитами; лікарські косметичні засоби та лікарські домішки до харчових продуктів»[10]. Порівняно із законодавством ЄС цей перелік занадто широкий, де всі інші типи лікарських засобів не повинні підпадати (або, принаймні, не повністю підпадати) під категорію «лікарського засобу», за винятком категорії «готових лікарських засобів». Тобто, по-перше, АФІ та продукція «in bulk» повинні ліцензуватися щодо їх виробництва та обігу, але немає сенсу реєструвати їх, як лікарські засоби, оскільки українським законодавством передбачена реєстрація двох видів лікарських засобів, що не підлягають реєстрації відповідно до Директиви 2001/83[11], а саме: активні фармацевтичні інгредієнти (АФІ) (за винятком АФІ, що виробляються в процесі виготовлення лікарського засобу і не призначені для продажу іншому виробнику, а також біотехнологічні АФІ) та продукція «in bulk». Відповідно ж до законодавства ЄС виготовлення і продаж АФІ або продукції «in bulk» іншому виробнику дозволяється на підставі ліцензії на виробництво, без необхідності отримання реєстраційного посвідчення. Враховуючи вищевказане за мету законодавства, що регулює реєстрацію лікарських засобів, збереження вимоги про державну реєстрацію АФІ і продукції «inbulk» не є необхідністю. По-друге, згідно із законодавством ЄС гомео-

патичні засоби не вважаються «лікарськими». По-третє, засоби, які використовуються для виявлення збудників хвороб, а також боротьби зі збудниками хвороб або паразитами, можна віднести до «лікарських», що залежить від їх властивостей. Наприклад, засоби, які використовуються лише для виявлення, скоріше підпадають під категорію медичних діагностичних засобів in vitro (у лабораторних умовах). По-четверте, відповідно, косметичні засоби та домішки до харчових продуктів не можуть вважатись лікарськими засобами[12].

Отже, конкретне правило, що стосується можливих протиріч між поняттями «лікарський засіб» та «медичний виріб», існує лише одне, де у ст. ст. 3 та 4 постанови КМУ № 753 від 02 жовтня 2013 р. «Про затвердження Технічного регламенту щодо медичних виробів» вказано, крім того, на відмінність визначення медичного виробу, виготовленого на замовлення, від медичного виробу серійного виробництва і, відповідно, обов'язки виробника[13]. До того ж, даний Технічний регламент розроблено на основі Директиви Ради ЄС від 14 червня 1993 р. № 93/42/ЄЕС щодо медичних виробів[14]. Проте такого правила, яке б застосовувалось у випадку протиріч з поняттями домішок до харчових продуктів, косметичних засобів та біоцидних продуктів, не існує.

У свою чергу, визначення «гомеопатичних лікарських засобів», що міститься у п. 14 ст.1 Розділу ІІ наказу МОЗ № 426 від 26 серпня 2005 р.[15], є подібним до визначення Директиви 2001/83 (п. 5 ст. 1)[16]. Однак, за відсутності процедури в Українській або Європейській фармакопеї, дозволяється посилатись на «Німецьку гомеопатичну фармакопею (GHP), Фармакопею Сполучених Штатів Америки (HPUS), Британську фармакопею (BHP), Гомеопатичну фармакопею Швабе», де посилання на Фармакопею Сполучених Штатів Америки не відповідає положенням Директиви 2001/83.

Щодо визначення «конфіденційної реєстраційної інформації» (п. 29 ст. 1 Розділу ІІ наказу МОЗ № 426)[17], яке притаманне виключно законодавству України і не має аналогів у Директиві 2001/83, в обсязі інформації з реєстраційного досьє, що не кваліфікується як конфіденційна, видається достатньо однозначним. Однак в основному дана інформація включає в себе дані, що містяться в інструкціях для медичного застосування. Дані інструкції у будь-якому випадку знаходяться в публічному доступі, оскільки це передбачено іншими положеннями українського законодавства. Втім, такий широкий обсяг інформації, що визнається конфіденційною, виключає можливість публічного доступу до звіту про оцінку лікарського засобу[18].

Проте визначення «незалежного експерта» (п. 35 ст. 1 Розділу ІІ наказу МОЗ № 426)[19], притаманне виключно законодавству України і також не має аналогів у Директиві 2001/83, містить частину, у якій робиться припущення про те, що кожен експерт відповідає перед заявником за якість своєї роботи[20]. Отже, видається, що така особиста відповідальність докорінно змінює роль експерта у системі – незалежність від заявників.

Відповідно до законодавства ЄС визначення «референтний лікарський засіб» (п. 2а ст. 10 Директиви 2001/83)[21] повинно бути зареєстровано у будь-якій країні ЄС в порядку, що повинно відповідати вимогам Директиви 2001/83. Проте в українському законодавстві не встановлено, чи повинен «референтний лікарський засіб» бути зареєстрований в Україні. При цьому в українському визначенні є посилання на «оригінальний (інноваційний) лікарський засіб» (п. 36 ст. 1 Розділу ІІ наказу МОЗ № 426)[22], який в інших положеннях законодавства визначається як зареєстрований уперше будь-де «у світі». Тобто, видається, що референтний лікарський засіб, на який робиться посилання під час реєстрації генеричних засобів в Україні, може бути зареєстрований будь-де у світі, і не обов'язково в Україні. До того ж, таке широке визначення референтного лікарського засобу може призвести до реєстрації генеричних лікарських засобів на основі досьє низької якості, а також може підготувати всі умови для розміщення на ринку України генериків, подібних до оригінальних лікарських засобів, які ніколи не були представлені на ринку України[23].

Виключно законодавству України притаманне визначення «неправомірне використання реєстраційної інформації про безпеку та ефективність лікарського засобу» (п. 35 ст. 1 Розділу ІІ наказу МОЗ № 426)[24], і не має аналогів у Директиві 2001/83. Однак визначення цього терміна не використовується в наказі МОЗ № 426, за винятком п. 35 ст. 1 Розділу ІІ, де воно міститься. До того ж це визначення повністю не відповідає ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби»[25], де містяться положення щодо ексклюзивності даних. По суті, як припущення, зміст такого визначення полягає у встановленні протиправного характеру порушення ексклюзивності даних заявником на генеричний лікарський засіб, ДЕЦ або МОЗ. У такому разі воно має бути замінене положенням, в якому потрібно чітко встановити принципи відповідальності за порушення: хто повинен нести відповідальність та які санкції передбачені за таке порушення[26].

Також застереження, яке міститься у визначенні «подібний біологічний лікарський засіб (біосиміляр)» (п. 39 ст. 1 Розділу ІІ наказу МОЗ № 426)[27], яке полягає у необхідності спливу строку дії патенту на референтний лікарський засіб, не є окремою умовою у Директиві 2001/83, яка і не містить такого типу лікарських засобів, із окремим визначенням поняття «біосиміляр». Згідно із п. 4 ст. 10 Директиви 2001/83 щодо «біологічного лікарського засобу, подібного до референтного біологічного засобу», у законодавстві ЄС можна знайти лише одне визначення «біосиміляру»[28] – у Посібнику Європейського агентства з лікарських засобів (ЕМА) щодо подібних біологічних лікарських засобів, у п. 1 Розділу 3, який теж не містить жодних посилань на патентний захист[29]. Тому дана вимога законодавства України щодо необхідності спливу патентного захисту для реєстрації біосиміляру, відповідно, видається надмірною[30].

Водночас деякі поняття, визначені у Директиві 2001/83, а саме: «речовина» (п. 3 ст. 1); «генератор радіонуклідів» (п. 7 ст. 1); «зловживання лікарськими засобами» (п. 6 ст. 1); «рецепт на лікарський засіб» (п. 19 ст. 1); «мастер-файл» (нормативно-довідковий архів) системи фармаконагляду» (п. 28 ст. 1); «ризики, пов'язані із використанням лікарських засобів» (п. 28 ст. 1)[31], оскільки термін «ризик», визначений у п. 2

ст. 32 Розділу ІІ наказу МОЗ № 898 не повністю відповідає вищенаведеному[32], відсутні у Законі України «Про лікарські засоби».

Власне кажучи, на думку автора, розбіжності у визначеннях об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби першорядного значення, і не тільки, можуть привести до невідповідності між законами України та ЄС при їх застосуванні на практиці, що водночас у вітчизняному законодавстві відображено в наявних деяких суперечностях і невідповідностях, де, принаймні, співвідношення між основними правовими актами, що регулюють, наприклад, процедуру реєстрації лікарських засобів, а саме Законом «Про лікарські засоби», постановою КМУ № 376 та наказом МОЗ № 426, є неясними, нелогічними й незрозумілими. Так, у текстах різних нормативно-правових актів окремі регуляторні положення дублюються, і часто перетинається предмет регулювання актів законодавства різного рівня. До того ж унікальні положення, які містяться у всіх зазначених актах, не відображені, інколи, і не відповідні іншим актам[33]. У свою чергу, постанова КМУ № 376 «Про затвердження Порядку державної реєстрації (перереєстрації) лікарських засобів і розмірів збору за їх державну реєстрацію (перереєстрацію)» від 26 травня 2005 р.[34] необґрунтовано розширює положення Закону України «Про лікарські засоби», наказ МОЗ № 426 містить норми, відсутні в Законі України «Про лікарські засоби» та постанові КМУ № 376 тощо.

Крім того, наразі містять чимало суперечностей нормативно-правові акти, що регулюють спрощену процедуру реєстрації лікарських засобів, де не координується процес внесення змін у систему законодавства про реєстрацію лікарських засобів, тим самим створюючи плутанину для заявників та службових осіб. Слід також зазначити, що не переносяться автоматично до актів нижчої юридичної сили зміни в нормативно-правових актах вищої юридичної сили. Так, принаймні щодо спрощеної процедури реєстрації, деякі положення, прийняті у 2016 р., спочатку були внесені до постанови КМУ № 376, і тільки потім – до Закону України «Про лікарські засоби». До того ж, необхідно зазначити, що наразі не приведені у відповідність із останніми змінами у законодавстві ЄС деякі положення українського законодавства, які свого часу були гармонізовані із законодавством ЄС[35].

Враховуючи те, що патентний захист є одним із факторів, які впливають на результат процедури реєстрації лікарських засобів, на відміну від Директиви 2001/83, яка не стосується патентного захисту (за винятком виконання виключення Болар у п. 6 ст. 10)[36], у вітчизняному законодавстві вимагається, щоб деякі документи і заяви стосовно патентного захисту подавались разом із заявою, а саме: копія патенту або ліцензії, документ, що підтверджує чинність патенту в Україні, лист із зазначенням, що патентні права третіх сторін не порушуються внаслідок реєстрації (п. 17 ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби», п. 3 ст. 3 постанови КМУ № 376, ст. 3 Розділу V наказу МОЗ № 426)[37]. Оскільки введення таких додаткових вимог є однією з форм патентного захисту, яка входить у сферу, не гармонізовану на рівні ЄС, та залежить від інших міжнародних зобов'язань України, законодавство ЄС не вимагає такої додаткової інформації, що залишається за рамками розгляду відповідності українського законодавства до Директиви 2001/83.

Слід також зазначити, що підставою для відмови у державній реєстрації МОЗ (п. 25 ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби»)[38] є порушення прав інтелектуальної власності, у тому числі патентних. У такому разі ДЕЦ надає негативну рекомендацію (п. 5 ст. 6 Розділу IV, наказ МОЗ № 426)[39] у випадку рішення суду про те, що реєстрація порушує патентний захист. Водночас стосовно дотримання законодавства ЄС, при наданні рекомендацій або рішення про реєстрацію лікарського засобу за умови щодо патентного захисту, не є питанням, як таким, що регулюється Директивою 2001/83, а, скоріше, засобом забезпечення дотримання патентних прав. Саме тому поза питанням про відповідність до законодавства ЄС знаходяться такі додаткові підстави для відмови в реєстрації.

Разом із тим положення про патентний захист в якості можливих підстав для відмови у видачі реєстраційного посвідчення у фармацевтичному законодавстві, принаймні, Польщі, не містяться. До того ж, при обробці заявок на отримання реєстраційних посвідчень Управління з реєстрації лікарських засобів Польщі, на практиці, не бере до уваги питання стосовно патентного захисту. Крім того, патентний захист сприймається як поняття, яке не стосується процедури видачі реєстраційних посвідчень, де відповідальність за порушення патентних прав бере на себе власник реєстраційного посвідчення, який вирішує, чи виготовити або продати продукт, порушуючи патентний захист, і розмістити його на ринку[40].

Тоді як в Україні про те, що КМУ може надати примусову ліцензію з метою державної реєстрації лікарських засобів, свідчить постанова КМУ № 376[41]. Що ж до детальних умов для введення процедури надання примусової ліцензії, то вони описані у постанові КМУ № 877 «Про затвердження Порядку надання Кабінетом Міністрів України дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу» від 04 грудня 2013 року[42]. У свою чергу, положення постанови КМУ № 877, що передбачають можливість надання, без згоди власника патенту, дозволу на використання запатентованих винаходів (корисних моделей) щодо лікарських засобів, із виплатою компенсації патентовласнику, фактично регулюючи процедуру примусового ліцензування запатентованих лікарських засобів, відповідають вимогам, викладеним в Угоді про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРІПС), що є Додатком 1С до Марракешської угоди про створення Світової організації торгівлі (м. Марракеш, Марокко, 15.04.1994 р.)[43].

Крім того, на наш погляд, недостатньо визначень об'єктів винаходу та корисної моделі, зазначених у п. 2 ст. 5 Розділу ІІ Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» № 3687-XII від 15 грудня 1993 р.[44], як продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини), спосіб та, відповідно, як конструктивне виконання пристрою. На думку автора, поза увагою залишилося ство-

рення чіткої класифікації винаходів у фармацевтиці, що докорінно змінює як форму лікарського засобу, так і зміст охорони визначеного об'єкта інтелектуальної власності на лікарський засіб. Так, оригінальний лікарський засіб може містити в собі винахід, складатися із комбінації декількох винаходів, а також бути винаходом сам по собі[45].

Не зважаючи на вжиті законодавчі заходи щодо зближення вітчизняного законодавства до правової системи Європейської спільноти, у прийнятому Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. за № 1629-IV, із поточною редакцією від 04 листопада 2018 р.[46], та підписаній Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їх державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 р.[47], недостатньо приділено уваги виробництву екстемпоральних ліків, яке здійснюється згідно зі стандартами належної аптечної практики (Good Practices for the Preparation of Medicinal Products in Healthcare Establishments, PE 010-4: GPP), відповідно до вимог та стандартів PIC/S, де основним пріоритетом є безпечність, ефективність та якість. Проте, враховуючи очевидні переваги виготовлених за індивідуальним рецептом лікарських засобів, де для затвердження конкретних для продукту характеристик чи/або специфікації, інструкцій та процедур необхідно виконати фармацевтичну оцінку токсичності, біофармацевтичних аспектів та терапевтичної раціональності[48], даних із безпеки, стабільності та дизайну продукту перед виготовленням, доречно звернути увагу на міжнародний досвід як виготовлення аптеками запатентованих лікарських засобів, так і вивчення питання щодо патентування екстемпоральних лікарських засобів. До того ж, патентовласник, власник ліцензії на виробництво, зобов'язаний виробляти лікарські засоби так, щоб забезпечити їх відповідність своєму призначенню, вимогам реєстраційного досьє або досьє досліджуваного лікарського засобу для клінічних випробувань (відповідно до ситуації) та виключити ризик для пацієнтів, пов'язаний із недостатньою безпекою, якістю чи ефективністю лікарських засобів[49].

Висновки. Таким чином, стислий обсяг правової аналітичної інформації щодо порівняння визначень «лікарський засіб», «медичний виріб», «гомеопатичні лікарські засоби», «конфіденційна реєстраційна інформація», «незалежний експерт», «референтний лікарський засіб», «оригінальний (інноваційний лікарський засіб)», «неправомірне використання реєстраційної інформації про безпеку та ефективність лікарського засобу», «подібний біологічний лікарський засіб (біосиміляр)» у Положеннях Закону України «Про лікарські засоби» від 04 квітня 1996 р. та Директиви 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06 листопада 2001 р. «Про кодекс спільноти відносно лікарських препаратів, призначених для застосування людьми», свідчить про наявність розбіжностей правового змісту основних понять для позначень об'єктів інтелектуальної власності на лікарські засоби, невідповідність українського законодавства правовій системі ЄС та є підставою для законодавчих прогалин, що утворюють можливості для таких правопорушень, як контрафактна фармацевтична продукція, фальсифікація ліків, патентний тролінг, корупційна схема у медичних установах і закладах тощо. До того ж, перетинання предмета регуляторних положень між Законом України «Про лікарські засоби» від 04 квітня 1996 р., постановою КМУ № 376 і наказом МОЗ № 426 практично доводить нелогічність та необґрунтованість зазначених нормативних актів, що зводиться до дублювання повноважень та відсутності відповідальності.

Зважаючи на вищевикладене, слід визнати, що безуспішний імплементаційний процес залучення правових норм Європейської спільноти щодо охорони прав інтелектуальної власності на лікарські засоби у національне законодавство, проявлений у хаотичному внесенні змін до вітчизняної нормативно-правової бази та нечіткому визначенні регуляторних повноважень, делегованих КМУ та/або Міністерству охорони здоров'я України, призвели до марного законодавчого нагромадження, блокуючого механізми правового регулювання у фармацевтичній галузі.

Слід також підкреслити, як додатковий фактор громіздкості системи правового регулювання фармацевтичної галузі в частині досліджуваних аспектів, – очевидний взаємозв'язок між правовими інститутами регулювання обігу лікарських засобів і захисту інтелектуальної власності, які не суперечать одне одному, доповнюють, однак, не замінюють одне одного. Проте розв'язанню завдань нормативної бази про обіг лікарських засобів у сенсі забезпечення безпеки, якості та ефективності лікарських засобів сприяють саме механізми регулювання охорони й захисту інтелектуальної власності на лікарські засоби за допомогою підвищення прозорості фармацевтичного ринку і відповідальності його учасників.

Втім, не достатньо приділена увага впливу нечітких визначень понять і термінів у вітчизняному законодавстві, чи/або їх відсутність, що є проявом недолугого професійного підходу щодо наближення українського законодавства до правової системи Європейської спільноти, а також незавершеного впорядкування формату реєстраційного досьє згідно із загальним технічним документом (далі – CTD), доклінічних досліджень (далі – GLP), клінічних випробувань (далі – GCP), досліджень біоеквівалентності, незалежно від вступу Державної служби України з лікарських засобів до PIC/S, відображена у зниженні рівня фармацевтичної розробки та забезпеченні якості вітчизняних лікарських засобів тощо. Крім того, до всеохоплюючих понять об'єкта інтелектуальної власності на лікарські засоби, позбавлених семантичної та етимологічної природи і профільної конкретики, необхідно додати, враховуючи унікальність складу фармацевтичної продукції, відсутність чіткої категорійної визначеності класифікації винаходів у фармацевтичному секторі, що анігілятивно відображається, принаймні, на визначенні патентоспроможності, ґрунтуючись на певних об'єктних характеристиках. При цьому необхідно зазначити, що відсутність результатів належної судової практики у сфері інтелектуальної власності на лікарські засоби, і є показником заблокованого правового інструмента-

рію, непрацюючих законодавчих механізмів трансформування європейської правової системи у національну нормативно-правову базу, підтверджуючи відсутність регулювання правовідносин учасників фармацевтичного ринку.

На нашу думку, законодавство у даній, пріоритетній для державної стратегії сфері, повинно бути переглянуто для усунення повторень і суперечностей на базі запровадженої системи моніторингу, компетентної правової аналітики та контролю відповідності законодавства України законодавству ЄС. У свою чергу, має бути розроблена правильно функціонуюча, повністю задокументована фармацевтична система якості, яка повинна включати належну виробничу практику (GMP) із контролем ефективності та управління ризиками для якості ще на етапі створення інтелектуального лікпродукту. Так, недооцінена аптечна справа, де екстемпоральні лікарські засоби, створені в умовах індивідуального виробництва (виготовлення) із забезпеченням відповідності їх призначенню, вимогам нормативних (аналітичних, технічних, технологічних) документів, Державної Фармакопеї України, та виключенням ризиків для пацієнтів, небезпідставно може мати ознаки патентоспроможності, виходячи із міжнародного досвіду, як прояву релевантної медицини.

---

[1] Конституція України № 254к/96-ВР, 28.06.1996 (редакція від 30.09.2016 р.). *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр

[2] Цивільний кодекс України № 435-IV, 16.01.2003 (редакція від 02.08.2018 р.). *Відомості Верховної Ради України.* 2003. №№ 40–44. Ст. 356. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15

[3] Про лікарські засоби : Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. (редакція від 04.11.2018 р.). *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 22. Ст. 86. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр

[4] Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України № 2801-XII від 19.11.1992 р. (редакція від 10.06.2018 р.). *Відомості Верховної Ради України.* 1993. № 4. URL: https://zakon. rada.gov.ua/laws/show/2801-12

[5] Бошицький Ю.Л. Інтелектуальна власність в сучасній Україні: актуальні питання модернізації та правового регулювання. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 213–217. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Chkup_2013_1_52

[6] Вішар Ю.Ю. Міжнародно-правові акти у сфері правової охорони інтелектуальної власності на лікарські засоби. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 3. С. 215–221. URL: http://ir.nusta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/4057/1/2880_IR.pdf

[7] Про лікарські засоби : Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. (редакція від 04.11.2018 р.).*Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 22. Ст. 86. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр

[8] Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для застосування людьми: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р. (ОВ L 311, 28.11.2001 р. С. 67). URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

[9] Там само.

[10] Про лікарські засоби : Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. (редакція від 04.11.2018 р.).*Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 22. Ст. 86. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр

[11] Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для застосування людьми: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р. (ОВ L 311, 28.11.2001 р. С. 67). URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

[12] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Патентний захист. Щодо державної реєстрації лікарських засобів. *Договір про надання консультаційних послуг № С33648/1753/9351 для України*: Рекомендації щодо вдосконалення законодавства у фармацевтичному секторі України. / за заг. ред. Т. Яворскі, М. Томашик, Л. Борковскі, А. Буксовіч (Польща) Б. Даневич, Ю. Гулима, А. Грудінін, С. Хома, А. Делікатний, Т. Стеценко (Україна), М. Сітхс, Т. Талентс, А. Бідерс (Латвія) /звіт/ 25.01.2017 р. Київ, 2017. 209 с. URL: https://www.apteka.ua/article/398942

[13] Про затвердження технічного регламенту щодо медичних виробів: постанова КМУ № 753 від 02.10.2013 р. Документ № 753-2013-п (поточна редакція 10.04.2019 р., підстава 279-2019-п). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/753-2013-п

[14] Щодо питання медичного обладнання : директива Ради ЄС № 93/42/ЄЕС від 14.06.1993 р. URL: http://www.icqc.eu/userfiles/File/directive%2093%2042%20eec%20medical%20devices.pdf

[15] Про затвердження Порядку проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення: наказ міністерства охорони здоров'я України № 426 від 26.08.2005 р. Документ z1069-05, (поточна редакція 02.08.2019 р., підстава – z0778-19), п. 14, ст. 1, Р. II. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z1069-05

[16] Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для застосування людьми: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р. (ОВ L 311, 28.11.2001 р. С. 67), п. 5, ст. 1. URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

[17] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Вказана праця.

[18] Про затвердження Порядку проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення: наказ міністерства охорони здоров'я України № 426 від 26.08.2005 р. Документ z1069-05, (поточна редакція 02.08.2019, підстава – z0778-19), п. 29, ст. 1, Р. II. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z1069-05

[19] Там само.

[20] Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для застосування людьми: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р. (ОВ L 311, 28.11.2001 р. С. 67). URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

[21] Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для застосування людьми: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р. (ОВ L 311, 28.11.2001 р. С. 67), п. 2а, ст. 10. URL: https://ec.europa.eu/health/sites/ health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

[22] Про затвердження Порядку проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення: наказ Міністерства охорони здоров'я України № 426 від 26.08.2005 р. Документ z1069-05 (поточна редакція 02.08.2019 р., підстава – z0778-19), п. 36, ст. 1, Р. ІІ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z1069-05

[23] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Вказана праця.

[24] Про затвердження Порядку проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення: наказ Міністерства охорони здоров'я України № 426 від 26.08.2005 р. Документ z1069-05 (поточна редакція 02.08.2019 р., підстава – z0778-19), п. 35, ст. 1, Р. ІІ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z1069-05

[25] Про лікарські засоби : Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. (редакція від 04.11.2018 р.). *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 22. Ст. 86. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр

[26] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Вказана праця.

[27] Про затвердження Порядку проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення: наказ Міністерства охорони здоров'я України № 426 від 26.08.2005 р. Документ z1069-05 (поточна редакція 02.08.2019 р., підстава – z0778-19), п. 39, ст. 1, Р. ІІ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z1069-05

[28] Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для застосування людьми: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р. (ОВ L 311, 28.11.2001 р. С. 67), п. 4, ст. 10. URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

[29] Керівництво Європейського агентства з лікарських засобів (ЕМА) (2005) щодо аналогічних біологічних лікарських засобів, CHMP / 437/04. Жовтень 2005 року. URL: http://www.rheumatology.kiev.ua/article/7529/biotexnologichni-likarski-preparati-ta-biosimilyari-shho-neobxidno-znati-klinicistam-pri-priznachenni-biosimilyariv

[30] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Вказана праця.

[31] Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для застосування людьми: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р. (ОВ L 311, 28.11.2001 р. С. 67), п. 3, 6, 7, 19, 28, 28е, ст. 10. URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

[32] Про затвердження Порядку здійснення фармаконагляду: наказ МОЗ № 898 від 27.12.2006 р. Документ z0073-07, редакція 30.12.2016 р., підстава z1524-16, п. 2, ст. 32. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0073-07/ed20161230

[33] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Вказана праця.

[34] Про затвердження Порядку державної реєстрації (перереєстрації) лікарських засобів і розмірів збору за їх державну реєстрацію (перереєстрацію) від 26.05.2005 р. : постанова КМУ № 376. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376-2005-п

[35] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Вказана праця.

[36] Про Кодекс Співтовариства, що стосується лікарських засобів для застосування людьми: директива 2001/83/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.11.2001 р. (ОВ L 311, 28.11.2001 р. С. 67), п. 6, ст. 10. URL: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf

[37] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Вказана праця.

[38] Про лікарські засоби : Закон України № 123/96-ВР від 04.04.1996 р. (редакція від 04.11.2018 р.). *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 22. Ст. 86. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр

[39] Про затвердження Порядку проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення: наказ МОЗ № 426 від 26.08.2005 р. Документ z1069-05 (поточна редакція 02.08.2019 р., підстава – z0778-19), п. 5, ст. 6, Р. IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z1069-05

[40] Даневич Б., Сітхс М., Яворські Т. Патентний захист. Щодо державної реєстрації лікарських засобів. Договір про надання консультаційних послуг № С33648/1753/9351 для України: Рекомендації щодо вдосконалення законодавства у фармацевтичному секторі України. / за заг. ред. Т. Яворскі, М. Томашик, Л. Борковскі, А. Буксовіч (Польща) Б. Даневич, Ю. Гулима, А. Грудінін, С. Хома, А. Делікатний, Т. Стеценко (Україна), М. Сітхс, Т. Талентс, А. Бідерс (Латвія) /звіт/ 25.01.2017 р. Київ, 2017. 209 с. URL: https://www.apteka.ua/article/398942

[41] Про затвердження Порядку державної реєстрації (перереєстрації) лікарських засобів і розмірів збору за їх державну реєстрацію (перереєстрацію) від 26.05.2005 р.: постанова КМУ № 376. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376-2005-п

[42] Про затвердження Порядку надання Кабінетом Міністрів України дозволу на використання запатентованого винаходу (корисної моделі), що стосується лікарського засобу: постанова КМУ № 877 від 04.12.2013 р. Документ № 877-2013-п, редакція 14.11.2019 р., підстава-916-2019-п. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/877-2013-п?lang=ru

[43] Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності № 981_054 від 15.04. 1994 р. (поточна редакція від 06.12.2005 року, документ № 981_018), п. 7, Частина І: URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

[44] Про охорону прав на винаходи (корисні моделі): Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-XII (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI). п. 2, ст. 6, Розділ ІІ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/3687-12

[45] Аладишева Ж.І., Латинцев А.В. Особливості захисту інтелектуальної власності при обігу лікарських засобів і медичних виробів. *Ремедіум. Журнал про ринок ліків і медичної техніки.* 2015; (4): 65-70. DOI: 10.21518 / 1561-5936-2015-4-65-70. URL: http://www.remedium-journal.ru/arhiv/detail.php?ID=52964&num=%B94&sec_id=5522

[46] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р., документ 984_011 (поточна редакція 30.11.2015 року, підстава – v2980321-15), ст. 220, п. 4, ст. 221, підрозділ 5. URL: https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011

[47] Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. № 1629-IV (редакція від 04.11.2018 року, підстава 2581-VIII) Розділи ІІ, V. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15

[48] Зупанець А.І., Черних В.П. та ін. Клінічна фармація: підруч. для студ. вищ. навч. закл.; за ред. В.П. Черних та ін.; Нац. фармац. ун-т. Харків: Золоті сторінки: НФаУ, 2013. 910 с.: табл., іл. Бібліогр. С. 906–910.

[49] EudraLex. – Правила, що стосуються лікарських засобів у Європейському Союзі. Т. 4. Належна виробнича практика лікарських засобів для людського та ветеринарного використання. – Пояснення до підготовки головного файлу сайту. – Євро-

пейська комісія, Брюссель, SANCO / C8 / AM / sl / ares (2010) 1064603. 8 с. URL: http://ec.europa.eu/health/documents/eudralex/vol-4/indexen.htm

References:

Constitution of Ukraine № 254k/96-VR (1996, June 26). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny,* 30, 141. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр [in Ukrainian].

Civil Code of Ukraine № 435-IV (2003, January 16). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 40–44, 356. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 [in Ukrainian].

Law of Ukraine on Medicines № 123/96-VR (1996, April, 4). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 22, 86. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр [in Ukrainian].

Law of Ukraine Fundamentals of the Legislation of Ukraine on Health Care № 2801-KhII, (1992, November, 19). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 4, 19. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12 [in Ukrainian].

Boshytskyi, Yu.L. (2013*).* Intellectual property in modern Ukraine – topical issues of modernization and legal regulation. *Chasopys Kyyivs`koho universytetu prava,* 1, 213-217. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Chkup_2013_1_52 [in Ukrainian].

Vishar, Yu.Iu. (2018). International legal acts in the field of legal protection of intellectual property for medicinal products. *Chasopys Kyyivs`koho universytetu prava*, 3, 215–221. URL: http://ir.nusta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/4057/1/2880_IR.pdf [in Ukrainian].

DIRECTIVE 2001/83/EC. (2001, November 28). Community code relating to medicinal products for human use*. Yevropeys`kyy Parlament i Rada YeS*. OJ L 311, 67. URL:https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_83_consol_2012/dir_2001_83_cons_2012_en.pdf [in English].

Danevych, B., Sitkhs, M., Yavorski, T. (2017). Patent protection. Regarding state registration of medicines. Kyyiv: Dohovir Pro nadannya konsul`tatsiynykh posluh № C33648/1753/9351 dlya Ukrayiny: Rekomendatsiyi shchodo vdoskonalennya zakonodavstva u farmatsevtychnomu sektori Ukrayiny. (pp. 209). URL: https://www.apteka.ua/article/398942 [in Ukrainian].

Resolution No. 753 On Approval of the Technical Regulation on Medical Devices. № 753-2013-р. (2013, October, 2). Kabinet Ministriv Ukrayiny. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/753-2013-п [in Ukrainian].

Directive 93/42/EEC. (1993, June 14). Concerning medical devices. Yevropeys`kyy Parlament i Rada YeS. URL: http://www.icqc.eu/userfiles/File/directive%2093%2042%20eec%20medical%20devices.pdf [in English].

Order No. 426 On Approval of the Procedure for Examination of Registration Materials for Medicinal Products Submitted for State Registration (Re-registration), as well as Examination of Materials on Amendments to Registration Materials during the Action registration certificate № z1069-05. (2005, August 26). Ministerstvo Okhorony Zdorovia Ukrayiny, 14, 1, R.II. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z1069-05 [in Ukrainian].

Guideline on Similar Biological Medicinal Products. CHMP/437/04. (2005, October). Yevropeys`ke Medychne Ahenstvo (z likars`kykh zasobiv) (EMA). URL: http://www.rheumatology.kiev.ua/article/7529/biotexnologichni-likarski-preparati-ta-biosimilyari-shho-neobxidno-znati-klinicistam-pri-priznachenni-biosimilyariv [in English].

Order No. 898 On Approval of the Pharmacovigilance Procedure № z0073-07.(2006, December 26). *Ministerstvo Okhorony Zdorovia Ukrayiny*, 2, 32. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0073-07/ed20161230 [in Ukrainian].

Resolution No. 376 About approval of the Procedure for state registration (re-registration) of medicines and the size of the fee for their state registration (re-registration). (2005, May 26). Kabinet Ministriv Ukrayiny. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376-2005-п [in Ukrainian].

Resolution No. 877 Approving the Procedure for granting the Cabinet of Ministers of Ukraine permission to use a patented invention (utility model) for a medicinal product. No. 877-2013-р. (2013, December 4). Kabinet Ministriv Ukrayiny. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/877-2013-п?lang=ru [in Ukrainian].

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights № 981_054. (1994, April 15). *Urugvays`kyy raund Heneral`noyi uhody z taryfiv i torhivli (GATT)*, *7, I.* URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018 [in Ukrainian].

Law of Ukraine On Protection of Rights to Inventions (Utility Models) No. 3687-XII (1993, December 15). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 7, 32. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/3687-12 [in Ukrainian].

Aladysheva, Zh.I., Latyntsev, A.V. (2015) Features of the protection of intellectual property in the circulation of medicines and medical devices. *Remedium, Magazine about the market of medicines and medical equipment.* 4, 65-70. DOI: 10.21518 / 1561-5936-2015-4-65-70. URL: http://www.remedium-journal.ru/arhiv/detail.php?ID=52964&num=%B94&sec_id=5522 [in Ukrainian].

Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, of the other part № 984_011 (2014, June 27). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 22, 86. URL: https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011 [in Ukrainian].

Law of Ukraine On the National Program of Adaptation of the Legislation of Ukraine to the Legislation of the European Union No. 1629-IV. (2004, March 18). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 29, 367. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15 [in Ukrainian].

Zupanets, A.I., Chernykh, V.P., Kupnovytska, I.H., Popov, S.B., Bezuhla, N. (2013). *Klinichna farmatsiia*. V.P. Chernykh (Ed.). Kharkiv: NFaU. (pp. 906–910) [in Ukrainian].

EudraLex. (2010). The Rules Governing Medicinal Products in the European Union. Good Manufacturing Practice Medicinal Products for Human and Veterinary Use. Explanatory Notes on the preparation of a Site Master File. (Vol. 4). Yevropeys`ka Komisiya, Bryussel`: SANCO. URL: http://ec.europa.eu/health/documents/eudralex/vol-4/index en.htm [in English].

Резюме

Вішар Ю.Ю. **Законодавчий еклектизм у охороні прав на інтелектуальний лікпродукт.**

Представлено недоліки стандартних підходів української законотворчості у інтелектуальній фармацевтичній галузі до трансформації правового досвіду у фармацевтиці Європейської спільноти, що породжують вітчизняний законодавчий еклектизм. Звертається увага на значимість правової упорядкованості у створеній вітчизняній нормативно-правовій базі інтелектуальної власності на лікарські засоби на підставі міжнародного законодавства.

Неупереджено розглянуто вплив упущення чіткості визначень основних понять у нормативно-правових актах національного законодавства щодо інтелектуальної власності у фармацевтиці. Вказано на недбале ставлення вітчизняних законодавців до невизначеності класифікації винаходів у фармацевтиці, що утворює деформовану нормативно-правову базу для патентування у даній сфері. Зазначено важливість і необхідність відновлення екстемпоральних аптек для закріплення системи правового регулювання інтелектуальної фармацевтичної галузі шляхом збільшення прозорості фармацевтичного ринку і відповідальності його учасників.

Ключові слова: інтелектуальний лікпродукт, лікарські засоби, медикамент, законодавчий еклектизм, система права ЄС, імплементація, корупція, комерціалізація, правова обов'язковість, класифікація винаходів, адекватне патентування, екстемпоральні аптеки.

Резюме

Вишар Ю.Ю. **Законодательный эклектизм в охране прав на интеллектуальный лекпродукт.**

Представлены недостатки стандартных подходов украинского законотворчества в интеллектуальной фармацевтической отрасли к трансформации правового опыта в фармацевтике Европейского сообщества, порождающих отечественный законодательный эклектизм. Обращено внимание на значимость правовой упорядоченности в созданной отечественной нормативно-правовой базе интеллектуальной собственности на лекарственные средства на основании международного законодательства.

Беспристрастно рассмотрено влияние упущения четкости определений основных понятий в нормативно-правовых актах национального законодательства по интеллектуальной собственности в фармацевтике. Указано на небрежное отношение отечественных законодателей к неопределенности классификации изобретений в фармацевтике, что образует деформированную нормативно-правовую базу для патентования в данной сфере. Указано на важность и необходимость восстановления екстемпоральных аптек для закрепления системы правового регулирования интеллектуальной фармацевтической отрасли путем увеличения прозрачности фармацевтического рынка и ответственности его участников.

Ключевые слова: интеллектуальный лекпродукт, лекарственные средства, медикамент, законодательный эклектизм, система права ЕС, имплементация, коррупция, коммерциализация, правовая обязательность, классификация изобретений, адекватное патентование, экстемпоральные аптеки.

Summary

Iuliia Vishar. **On legislative interoperability in civil law protection of intellectual property rights for medicinal products.**

In the framework of this article, attention is drawn to the importance of legal ordering in the created domestic regulatory framework of intellectual property for medicines on the basis of international law, implemented by approximating national legislation to the norms of the European Community law system in this area. The shortcomings of the standard approaches of Ukrainian lawmaking in the intellectual pharmaceutical industry to the transformation of legal experience in the pharmaceutical industry of the European Community, generating domestic legislative eclecticism, are presented.

The effect of omitting the clarity of the definitions of the basic concepts in the regulatory legal acts of the national legislation, namely: «homeopathic medicines», «confidential registration information», «independent expert», «reference medicinal product», «original (innovative ionic preparation)», «unlawful use of natural information on the safety and efficacy of a medicinal product», «a similar biological preparation (biosimilar)», on intellectual property in the pharmaceutical industry on the education of legally inferior, with protective and protective helplessness, intellectual property objects for medicines, which is a manifestation of the legal incompetence of national legislators.

Indicated on the negligent attitude of domestic lawmakers to the uncertain classification of inventions in pharmaceuticals, which, like the above definitions of the concepts of intellectual property for medicines, forms a deformed regulatory framework for patenting in this area - the basis for possible offenses in the form of patent trolling, counterfeit pharmaceutical products, corruption schemes in medicine, unfair competition, falsification of drugs, etc., where, first of all First, the level of safety is leveled, as are the spines and effectiveness of drugs. At the same time, it should be noted that the lack of results of proper judicial practice in the field of intellectual property for medicinal products is an indicator of non-functioning legislative mechanisms for the transformation of the European legal system into a national regulatory framework.

The importance and necessity of restoring ecological pharmacies to consolidate the system of legal regulation of the intellectual pharmaceutical industry by increasing the transparency of the pharmaceutical market and the responsibility of its participants is indicated.

In our opinion, the legislation in this priority for the state strategy area should be reviewed to eliminate recurrences and contradictions based on the implemented system of monitoring, competent legal analytics and control of compliance of Ukrainian legislation with EU legislation. In turn, a well-functioning, fully documented pharmaceutical quality system must be developed that should include Good Manufacturing Practices (GMPs) with quality control and risk management for quality at the stage of intelligent product creation. Thus, the underestimated pharmacy business, where extracorporeal medicines created in the conditions of individual production (manufacturing) with ensuring compliance with their purpose, the requirements of regulatory (analytical, technical, technological) documents, the State Pharmacopeia of Ukraine, and exclusion of risks for patients, may unreasonably have features patentability, based on international experience, as a manifestation of relevant medicine.

Key words: intellectual medproduct, intellectual product, medicines, medicine, legislative eclecticism, EU legal system, implementation, corruption, commercialization, legal binding, classification of inventions, adequate patenting, extemporal pharmacies.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.47
УДК 347.77

І.І. КУЗЬМИЧ

Ірина Іванівна Кузьмич, *аспірант Київського університету права НАН України*[*]
ORCID: 0000-0001-5606-7165

ПРАВОВА ЕКЗИСТЕНЦІАЛЬНІСТЬ БІОПАТЕНТІВ – НАГАЛЬНА ПРОБЛЕМА СУЧАСНОЇ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ЗАКОНОТВОРЧОСТІ

Постановка проблеми. Сучасні тенденції розвитку біотехнологій, що є засобом ринкової політики, де структурно-функціональний показник зростання світового ринку має щорічний приріст у середньому на 7 %, підійшли до межі, коли охорона прав інтелектуальної власності на біотехнології потребує комплексного науково-практичного дослідження, яке відсутнє на сьогоднішній день. Специфічність та унікальність об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології, певні поняття в національному законодавстві, засновані на міжнародних патентних і сортових конвенціях, створили невизначеність щодо захисту біотехнологічних та деяких мікробіологічних винаходів. Взаємодоповнюючі статті Директиви 98/44/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС від 06 липня 1998 р. «Про правовий захист біотехнологічних винаходів», Директиви 2004/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність» від 29 квітня 2004 р., рішення конкуруючих новел міжнародного законодавства та відсутність чітких визначень біотехнологій як об'єктів інтелектуальної власності, враховуючи правову екзистенціальність (унікальність, індивідуальність – прим. автора) біопатентів, позначилися на суперечливих спірних питаннях у забезпеченні механізмів охорони прав інтелектуальної власності на біотехнології, закладених, зокрема, у Законі України «Про охорону прав на сорти рослин» від 21 квітня 1993 р. за № 3116-XII, Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. за № 1629-IV, та Угоді «Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 27 червня 2014 р. за № 984_011, щодо виключення з патентоспроможності сортів рослин і тварин, по суті, біологічних процесів виробництва рослин і тварин, що є дієвою перешкодою для гармонізації положень національного й міжнародного законодавств. Руйнівними наслідками зазначеної проблеми є неповноцінність правових регуляторів харчової та сільськогосподарської біотехнології, яка застосовує генетичну інженерію, трансгенні рослини і тварин, генетичну модифікацію.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Звертаючи увагу на значущість теоретичних розробок механізму захисту прав інтелектуальної власності таких вчених[1], як О.В. Безух, Ю.Л. Бошицький, М.К. Галянтич, І.І. Дахно, В.А. Дозорцев, В.С. Дроб'язко, В.О. Жаров, А.О. Кодинець, В. Коссак, О.В. Кохановська, О.М. Мельник, Н.М. Мироненко, О.П. Орлюк, О.А. Підопригора, О.П. Сергєєв, О.І. Харитонова, Г.Ф. Шершеневич, Ю.С. Шемшученко, Р.Б. Шишка; проблематику сучасної адміністративно-правової охорони інтелектуальної власності – предмета досліджень О.М. Головкової, І.Г. Запорожця, Н.О. Можаровської, Л.Т. Комзюк, Г.В. Корчевного та інших; питання кримінально-правової охорони та захисту інтелектуальної власності, досліджені П.С. Берзіним та А.С. Нерсеяном; варто визначити доведену наявність принципового етапу консолідуючої основи необхідності правового забезпечення недоторканності й непорушності захисту прав інтелектуальної власності у державі, із застосуванням заходів примусового характеру, спрямованих на відновлення цих прав[2].

Втім, беручи за основу унікальність, специфічність, неоднорідність біотехнологій, вітчизняні та зарубіжні науковці, вказуючи у своїх дослідницьких роботах на деякі аспекти проблематики економічного та правового забезпечення розвитку біотехнологій, а саме: Дж. Бартон, К. Ведовелло, Б. Карлсон, Л. Крачок, Р. Креспі, П. Респор, О. Слободян, Т. Швед, К. Фрімен, М. Холм, С. Якобсон; а також у працях стосовно співвідношення регулювання прав інтелектуальної власності та охорони громадського здоров'я, зокрема: І. Демченка, Є. Грекова, О. Кашинцевої, В. Муравйова, А. Олефіра, Д. Чибісова тощо[3], сприяють з'ясуванню основних категорій правового статусу і регулювання сфери біотехнологій в Україні, економічних та правових недоліків системи нормативного регулювання на національному та міжнародному рівні, із звуженим врахуванням етимології біотехнології як оманливості у правовій векторності[4].

Однак і дотепер у вітчизняній юридичній науці не було зроблено спеціальних комплексних еквівалентних досліджень проблем уніфікації та гармонізації права інтелектуальної власності в Європейському Союзі в контексті генезису й перспектив розвитку цієї комунітарної правової сфери в системі права ЄС, проблем адаптації, так званого «поступового наближення» українського законодавства до правової системи ЄС, зокрема, проблем біопатентування, де складність полягає в специфіці та унікальній неоднородності саме об'єктів інтелектуальної власності на біотехнології, здатних саморепродукуватися та самовідтворюватися.

© І.І. Кузьмич, 2019

[*] ***Iryna Kuzmych,*** *Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

Формулювання мети статті. Мета даної статті полягає у здійсненні спроби дослідити правову екзистенціальність біопатентів й охарактеризувати значення особливостей суті біотехнологій як об'єктів інтелектуальної власності, для розуміння обґрунтування обумовленості процедури патентування, враховуючи дану специфіку на етапі створення нормативно-правового підґрунтя, закладеного, зокрема, у Законі України «Про правову охорону рослин» від 21 квітня 1993 р. за № 3116-XII (редакція від 04.10.2018 р., підстава 2530-VIII), й розкрити підходи міжнародно-правових актів у частині закріплення принципів захисту прав інтелектуальної власності, таких як Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 1992 р. за № 995_030, (редакція від 29.10.2010 р., підстава 995_k03) (далі – Конвенція), Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі – ТРІПС) від 15 квітня 1994 р., Регламент Ради Європейського Союзу 2100/94 «Про права на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві» від 27 липня 1994 р., Директива 98/44/ЄС від 06 липня 1998 р., Директива 2004/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність» від 29 квітня 2004 р. (м. Страсбург) та визначити особливості їх реалізації в національному законодавстві, а саме: у постанові КМУ «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 16 серпня 1999 р. за № 1496 (редакція від 21.05.2003 р., підстава 716-2003-п), Законі України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. за № 1629-IV (редакція від 04.11.2018 р., підстава 2581-VIII) та Угоді «Про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 27 червня 2014 р. за № 984_011 (редакція від 30.11.2015 р., підстава v2980321-15) (далі – Угода про асоціацію).

Виклад основного матеріалу. З'ясовано, що джерела права Європейського Союзу і Європейських співтовариств ілюструють всю неоднорідність та багатошаровість самої нормативно-інституціональної системи Союзу і Співтовариств, яка підтверджує полісистемність європейської нормативної структури. Так, Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі – ТРІПС) від 15 квітня 1994 р. містить, зокрема, положення про засоби забезпечення прав на інтелектуальну власність, які є загальними стандартами, що застосовуються на міжнародному рівні і здійснюються в усіх державах-членах ЄС[5]. Також, відповідно до п. 8, 9 Директиви № 2004/48/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС «Про забезпечення прав на інтелектуальну власність» зазначено, що невідповідності між системами держав-членів ЄС щодо способів здійснення прав на інтелектуальну власність завдають шкоди нормальному функціонуванню внутрішнього ринку, і це унеможливлює гарантію того, що права на інтелектуальну власність здійснюються еквівалентно рівню захисту даних прав на всій території Співтовариства[6]. Така ситуація перешкоджає вільному пересуванню в межах внутрішнього ринку, а також створенню сприятливих умов для здорової конкуренції. Це також призводить до ослаблення матеріального права на інтелектуальну власність і дроблення внутрішнього ринку в цій галузі, що зумовлює втрату впевненості у внутрішньому ринку в ділових колах із подальшим скороченням капіталовкладення в інноваційну та творчу діяльність.

Так, згідно зі ст. 7 «Цілі» частини першої «Загальні положення та основні принципи» Угоди ТРІПС, захист і контроль за дотриманням прав інтелектуальної власності повинні сприяти запровадженню технологічних нововведень та передачі й розповсюдженню технологій для обопільної вигоди виробників і користувачів технологічних знань у такий спосіб, що сприяє соціальному та економічному добробуту, а також балансу прав і обов'язків[7]. Саме таким правовим інструментом охорони прав інтелектуальної власності є патент, який являє собою узаконений документ, що забезпечує виняткові права власника патенту на комерційне використання винаходу, де патент – це загальнодоступний документ, який містить докладний опис винаходу і, таким чином, інформує треті особи про сутність нововведення і його обмеження. Це допомагає їм вирішити питання, чи варто продовжувати роботу в даному напрямі, чи/або ж спробувати використовувати запатентований винахід як стартовий майданчик для інших можливих розробок. Тобто стратегія, яка об'єднує інтереси обох сторін, полягає в тому, що держава надає винахідникам виключні права на нові продукти або способи їх отримання. Так, відповідно до п. 3 ст. 27 «Патентоспроможні об'єкти» Розділу 5 «Патенти» частини другої ТРІПС члени можуть не дозволяти патентування, зокрема, рослин та тварин, крім мікроорганізмів, та важливих біологічних процесів для продукування рослин або тварин, крім небіологічних та мікробіологічних процесів, однак повинні забезпечити захист сортів рослин або через патенти, або sui generis ефективну систему, або завдяки їх комбінації, із правом перегляду цього положення через чотири роки після набрання чинності Угодою СОТ[8]. Тому, у ст. 5 «Об'єкт прав на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві», ст. 6 «Охоронювані селекційні досягнення» Регламенту Ради Європейського Союзу 2100/94 «Про права на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві» зазначено, що об'єктом прав на селекційні досягнення, які повинні бути індивідуальними, однорідними, стабільними й новими, є різновиди всіх ботанічних сортів і видів, включаючи, поміж іншим, і гібриди сортів та видів рослин. До того ж, термін «сорт рослин» повинен використовуватися для позначення групи рослин в межах одного ботанічного таксону найнижчого відомого класу, чия класифікація, незалежно від того, чи повністю дотримуються умови для надання права на селекційні досягнення, зокрема, може бути визначена за допомогою характеристик, що виникають в результаті даного генотипу чи/або комбінації генотипів[9].

Зважаючи на положення Директиви 98/44/ЄС «Про правову охорону біотехнологічних винаходів» від 06 липня 1998 р. (далі – Директива) у п. 1 ст. 3 нові винаходи, які передбачають винахідницьку стадію та які піддаються промисловому застосуванню, підлягають патентуванню, навіть якщо вони стосуються продукту, який складається з біологічного матеріалу, що містить його, або процесу, за допомогою якого біологічний

матеріал виробляється, переробляється або використовується. При цьому біологічний матеріал, виділений із природного середовища або отриманий технічним процесом, може бути предметом винаходу, навіть якщо він раніше відбувся в природі, де (a) «біологічний матеріал» означає будь-який матеріал, що містить генетичну інформацію і здатний відтворювати себе або відтворюватися в біологічній системі; (b) «мікробіологічний процес» означає будь-який процес, що включає або проводить на мікробіологічному матеріалі або в результаті цього. До того ж, беручи до уваги, що у п. 30–32 Директиви тлумачення поняття «сорт рослин» визначається законодавством, що захищає нові сорти, згідно з яким сорт визначається цілим геномом і, отже, має індивідуальність та чітко відрізняється від інших сортів. Також, враховуючи, що рослинне угруповання, яке характеризується певним геном (а не всім його геномом), не охоплюється захистом нових сортів і тому не виключається з патентоспроможності, навіть якщо воно включає нові сорти рослин. Однак, при цьому, якщо винахід полягає лише в генетичній модифікації певного сорту рослин і якщо новий сорт рослин буде розведений, він все одно буде виключений з патентоспроможності, навіть якщо генетична модифікація – результат не по суті біологічного процесу, а є біотехнологічним процесом[10]. Вочевидь, маємо відсутність чіткого визначення як рослинних угруповань, так і відмінностей біологічного від біотехнологічного процесу.

Відсутнє понятійно-категоріальне визначення і живих змінених організмів, представлених у п. 3 ст. 19 «Застосування біотехнології та розподіл пов'язаних з нею вигод» Конвенції. Принаймні, йдеться про необхідність і умови прийняття заходів, можливо, у формі протоколу, включаючи, зокрема, попередньо обґрунтовану згоду, з розробки відповідних процедур у галузі безпечної передачі, використання й застосування будь-яких живих змінених організмів, що є результатом біотехнології і здатні спричинити несприятливий вплив на збереження і стале використання біологічного різноманіття. При цьому у ст. 16 «Доступ до технології та її передача» із зазначенням патентування генетичних ресурсів і технології, обумовленої патентами та іншими правами інтелектуальної власності, такий доступ і передача забезпечуються на умовах, які враховують достатню й ефективну охорону прав інтелектуальної власності і відповідають їй – без жодних з'ясувань конкретизації достатньої та ефективної охорони, що, відповідно, вимагає уточнення механізму правового захисту біотехнологічних винаходів. Стаття 8 «Збереження in-situ», де «Умови in-situ» означають умови, в яких існують генетичні ресурси в рамках екосистем і природних місць мешкання, а у випадку акліматизованих або культивованих видів – у тому середовищі, в якому вони набули свої характерні ознаки, свідчить про встановлення або підтримку заходів регулювання, контролю або обмеження ризику, пов'язаного з використанням і звільненням живих організмів, які є результатом біотехнології, що можуть мати шкідливі екологічні наслідки, здатні впливати на збереження і стале використання біологічного різноманіття, з урахуванням також небезпеки для здоров'я людини[11].

Природна здатність даної групи бактерій синтезувати і виводити з клітин цілий ряд важливих метаболітів, які можуть застосовуватися в промисловості, сільському господарстві та медицині, а також такі характеристики цих бактерій, як стабільність при зберіганні, технологічність у процесі виробництв і екологічна безпека, робить бацили найважливішим об'єктом промислової біотехнології. Вивчення опису векторних систем і способів введення генетичного матеріалу в клітини бацил, а також аналіз сучасних методів отримання рекомбінантних штамів на їх основі, доводить, що не є таксономічною категорією, найнижчим таксоном у всіх організмів є вид, а один і той же штам не може бути виділений другий раз з того ж джерела в інший час. До того ж, у світі не існує загальновизнаної номенклатури назви штамів, і використовувані назви досить довільні. Штам (від нім. Stamm, буквально – «ствол», «рід») – чиста культура вірусів, бактерій, інших мікроорганізмів або культура клітин, ізольована в певний час і в певному місці[12].

Виходячи з вищезазначеного, патентна охорона винаходів у галузі біотехнології з використанням штамів має низку особливостей. По-перше, як показує практика розгляду заявок на винаходи, що належать до штамів мікроорганізмів, консорціумів на їх основі, біопрепаратів, що включають штами мікроорганізмів або частини клітин мікроорганізмів, досить часто подаються заявки, які не містять повної сукупності ознак, що регламентуються діючими Правилами і необхідними для ідентифікації або відтворення заявленого об'єкта, а також не містять необхідного експериментального підтвердження досягнення заявленого технічного результату. Це стає причиною тривалої переписки експертів із заявниками через необхідність запиту додаткових матеріалів. Наприклад, якщо заявником неповно охарактеризовані культуральні, морфологічні ознаки штаму або рівень його продуктивності, то за запитом експертизи такі дані, як правило, надаються заявниками і згодом включаються в текст опису як описові характеристики штаму. По-друге, на думку експертів, тільки за описом штаму, що міститься в заявці на винахід, неможливо його здійснення. Єдиною можливістю для підтвердження здійсненності, тобто промислової придатності такого об'єкта винаходу, як «штам», може виявитися депонування.

Депонування для цілей патентної процедури вважається здійсненим, якщо штам, вміщений в сховище міжнародного органу по депонуванню, передбачений Будапештським договором Про міжнародне визнання депонування для цілей патентної процедури, або до уповноваженої на їх депонування української колекції, яка гарантує підтримку життєздатності об'єкта протягом, щонайменше, терміну дії патенту і задовольняє інші встановлені вимоги до колекцій, що здійснює депонування для цілей патентної процедури. Саме тому загальновизнано, що найбільш вірогідний спосіб підтвердження можливості здійснення винаходу щодо об'єкта винаходу «штам» – це депонування штаму у спеціалізованій колекції, що має певний статус. Вказівку на таке депонування у колекції-депозитарії включено у Правила депонування мікроорганізмів при подачі заявок на винаходи. При цьому дата депонування має передувати даті пріоритету винаходу. Так, у складі

Української колекції мікроорганізмів для забезпечення, відповідно до Державної фармакопеї України, потреб підприємств та інститутів у штамах мікроорганізмів для проведення контролю якості лікарських засобів створена колекція референтних тест-штамів, зокрема, в Інституті мікробіології і вірусології ім. Д.К. Заболотного НАН України (м. Київ) – 38 тест-штаммів для контролю якості лікарських засобів[13].

Отже, заявнику надається альтернатива або депонувати штам, або розкривати спосіб його отримання таким чином, щоб будь-яка третя особа могла його відтворити. Однак часто навіть найдокладніший опис штаму і способу його отримання не дає змоги відтворити відповідний винахід, особливо, якщо йдеться про штами, виділені з будь-якого природного джерела. Насамперед тому, що джерело може припинити своє існування або змінитися в такий спосіб, що відповідний штам вже не зможе бути з нього отримано. Крім того, в даній ситуації швидше можна гарантувати отримання біологічного об'єкта певного роду або виду, але не конкретного заявленого штаму.

Враховуючи необхідність гармонізації для уточнення зазначеної невизначеності, доречно розглянути транспозиції в національне законодавство, де з часу приєднання (02.06.1995 р.; 02.08.2006 р.) України до Міжнародної конвенції з охорони нових сортів рослин від 02 грудня 1961 р. (Конвенція УПОВ) досягнуто значних успіхів у забезпеченні конституційних прав громадян володіти і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної власності на сорти рослин[14]. Створено законодавчу базу, яка забезпечує ефективне функціонування системи охорони прав інтелектуальної власності на сорти рослин, зокрема їх набуття, здійснення та захисту. Угодою про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами від 14 червня 1994 р., а також Концепцією адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу визначено пріоритетні сфери адаптації законодавства, від зближення яких залежить зміцнення економічних зв'язків України та держав-членів ЄС, і які регулюють відносини, пов'язані з охороною прав інтелектуальної власності[15]. Ймовірно, міжнародно-правові акти є носієм рекомендаційного характеру у забезпеченні охорони прав інтелектуальної власності, зокрема, на біотехнології, тоді як, беручи до уваги вищевикладене щодо специфічності, правової екзистенціальності біопатентів, де закон повинен нести важливу за змістом інформацію, бути інструкцією здійснення чітких дій у контексті правової трансформації у даній сфері, некомпетентність для українського законодавця неприпустима.

Так, згідно з п. 4 ст. 221 «Охорона винаходів у галузі біотехнологій» Підрозділу 5 «Патенти» Угоди про асоціацію, винаходи, які стосуються рослин і тварин, є патентоспроможними, коли технічна можливість реалізації винаходу не обмежується конкретним сортом рослини або породою тварини. Підпункт (b) цього пункту, а саме суттєво важливі для відтворення рослин і тварин біологічні процеси, не завдає шкоди патентоспроможності винаходів, що стосуються мікробіологічних або інших технічних процесів чи продуктів, одержаних за допомогою таких процесів, де їх комерційне використання не суперечить ordre public (публічному порядку) або суспільній моралі. До того ж, відповідно до ст. 220 «Додатковий охоронний сертифікат», продукція, призначена для захисту здоров'я та рослин, що охороняється патентами на відповідній території сторін даної Угоди, може підлягати адміністративній процедурі надання дозволу перед випуском на ринок. І проміжок часу, який проходить від дати подання заявки на патент до одержання першого дозволу випускати продукт на їхній відповідний ринок у порядку, встановленому відповідним законодавством, може скоротити період ефективної охорони згідно з патентом[16].

Виходячи із визначення об'єкта винаходу (корисної моделі) у п. 2 ст. 6 «Умови надання правової охорони» Розділу ІІ «Правова охорона винаходів (корисних моделей)» Закону України «Про охорону прав на винаходи (корисні моделі)» від 15 грудня 1993 р. за № 3687-XII, таким може бути: «продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослин і тварини, тощо), процес (спосіб), а також нове застосування відомого продукту чи процесу». Характерно, що оскільки багато мікроорганізмів розмножуються бінарним поділом (простий поділ клітини, властивий бактеріям) або митозом (еукаріотичні мікроорганізми, такі, як гриби, водорості), без участі статевого процесу, по суті, види у таких мікроорганізмів складаються із клональних ліній, генетично і морфологічно ідентичних вихідній клітці, де віднесення мікроорганізму до певного виду відбувається на основі досить широких ознак. Таким чином, враховуючи багатогранність та унікальність інтелектуального біомедпродукту, зрозуміла очевидна необхідність виділення охорони прав інтелектуальної власності на біотехнології в окремий Закон, як ланку низки вітчизняних нормативно-правових актів, якою було б передбачено запровадження релевантного механізму координації всіх державних інституцій, до компетенції яких належать питання захисту прав інтелектуальної власності, у тому числі МВС, СБУ, Міністерства юстиції України, Державної митної служби, Держкомтелерадіо та інших[17].

Відповідно до Розділу ІІ «Визначення термінів» Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС», адаптація законодавства – процес приведення законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність з acquis communautaire, де acquis communautaire (acquis) – правова система Європейського Союзу, яка включає акти законодавства Європейського Союзу (але не обмежується ними), прийняті в рамках Європейського співтовариства, Спільної зовнішньої політики та політики безпеки і Співпраці у сфері юстиції та внутрішніх справ. До речі, у Розділі V «Мета та завдання першого етапу виконання програми» у переліку пріоритетних сфер, визначених ст. 51 УПС (998_012), в яких має бути здійснена адаптація законодавства, інтелектуальна власність на шостому місці, а на одинадцятому – охорона здоров'я та життя людей, тварин і рослин, – в одному пункті, разом[18].

Безперечно, такими регуляторними нормативними актами, як проект наказу від 11 серпня 2017 р. за № 37-13-6-7/18900 Міністерства аграрної політики та продовольства України, відповідно до частини другої

ст. 9 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин», п. 8 Положення про Міністерство аграрної політики та продовольства України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 листопада 2015 р. за № 1119, про затвердження Порядку підтвердження підприємствами, установами, організаціями відповідного рівня компетентності, вимоги щодо кількості кваліфікованого персоналу, який працює на постійній основі, вимоги до фінансових та матеріальних ресурсів, акредитованих лабораторій та системи управління якістю, переліку документів, необхідних для отримання уповноваження, та порядок їх подачі, упорядковуються механізми охорони прав на сорти рослин, як об'єктів інтелектуальної власності[19]. Так, Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 26 жовтня 2017 р., зареєстрований у Міністерстві юстиції України 26 лютого 2018 р. за № 232/31684 «Про затвердження Інструкції щодо забезпечення дослідними зразками експертизи заявки на сорт рослин», створений, відповідно до ст. ст. 20, 29 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин», підпункту 21 п. 4 Положення про Міністерство аграрної політики та продовольства України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 25 листопада 2015 р. за № 1119, п. 16 Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. за № 731, та з метою приведення нормативно-правових актів у відповідність до вимог чинного законодавства, – скасовуючи попередні Інструкції, встановлює порядок постачання та вимоги до дослідних зразків сортів, які надаються для експертизи заявки на сорт рослин. До того ж, експертний заклад, з метою впорядкування постачання й отримання зразків для цілей експертизи, у своєму складі визначає спеціалізований структурний підрозділ, основним завданням якого є реєстрація супровідних документів, облік зразків, перевірка супровідних документів, проведення підготовчих робіт з фасування, пакування, протруєння, постачання зразків до пункту дослідження, зберігання тощо[20].

Також впровадження дистанційного навчання з 05–08 березня 2018 р., таких як DL-205 «Вступ до системи охорони сортів рослин UPOV згідно з Конвенцією UPOV», DL-305 A «Адміністрування прав селекціонера» (Частина A DL-305 курсу: «Експертиза заявок на права селекціонера»), DL-305 B «Експертиза на ВОС» (Частина B DL-305 «Експертиза заявок на права селекціонера») та DL-305 «Експертиза заявок на права селекціонера», організовані Міжнародним союзом з охорони нових сортів рослин на платформі Центру електронного навчання Всесвітньої організації з інтелектуальної власності (WIPO) є яскравими показниками імплементації у контексті Угоди про асоціацію України і ЄС підписаної 21 березня і 27 червня 2014 р. (Брюссель, Бельгія), де ратифікація з боку Євросоюзу 11 липня 2017 р., чинна (остаточно, деякі положення вступили раніше) з 01 вересня 2017 р., дата підготовки – з 30 березня 2012 року[21].

Проектом Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня охорони і захисту прав інтелектуальної власності на винаходи (корисні моделі), промислові зразки і торговельні марки» від 20 вересня 2018 р. (оновлена версія від 01.02.2018 р. за № 7538) у частині другій і третій ст. 6 передбачається, що об'єктом винаходу, правова охорона якому (якій) надається згідно з цим Законом, може бути продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо), процес (спосіб), а також нове застосування відомого продукту чи процесу. Об'єктом корисної моделі, правова охорона якій надається згідно з цим Законом, є пристрій[22]. А правова охорона згідно з цим Законом не поширюється на такі об'єкти, як сорти рослин і породи тварин; біологічні у своїй основі процеси відтворення рослин та тварин, що не належать до небіологічних та мікробіологічних процесів, а також продукту такого процесу тощо[23].

Висновки. Важко переоцінити роль патентної документації, що дає змогу виявляти альтернативні технології, якими можна замінити менш сучасні технології, підприємства, що діють у тій чи іншій сфері технологій, знаходити рішення технічних проблем, проводити експертизу науково-технічних програм, визначати пріоритетні напрями розвитку галузей промисловості й окремих виробництв, а також містить технічну, технологічну й правову інформацію, дає можливість не дублювати виконану іншими роботу, заощаджуючи час, фінанси, сили в процесі науково-дослідної діяльності, для патентоволодільця у просуванні винаходу на ринку.

Враховуючи зазначене, а також те, що однією з нагальних проблем законодавства України у сфері інтелектуальної власності на біотехнології в цілому є її надмірна розгалуженість, з одного боку, вбачається недоцільним вносити фрагментарні зміни до законодавства з метою імплементації положень лише міжнародних норм без урахування директив та регламентів ЄС. Проте, з іншого боку, беручи до уваги, що відповідно до частини другої ст. 292 «Багатосторонні угоди з охорони навколишнього середовища» Глави 13 «Торгівля та сталий розвиток» Угоди про асоціацію сторони підтверджують своє зобов'язання щодо ефективної імплементації у своїх законах та практиках багатосторонніх угод з охорони навколишнього середовища, учасницями яких вони є, законопроект за результатами розгляду в першому читанні може бути прийнятий за основу.

Таким чином, вітчизняна правова парадигма для здійснення контролю інтелектуальної власності на біотехнології недостатньо сформована із-за відсутності національних законодавчих інструментів. Слід застерегти, що міжнародно-правові акти сформульовані під комерціалізовані відносини, де європейське партнерство надає не тільки багатий законодавчий досвід, а й має імперативний характер, посилюючи в Україні пригнічення початкових ринкових зусиль із збереженням морально-етичних підвалин у такому складному правовому аспекті, як здійснення контролю за інтелектуальним біомедпродуктом. – шлях відстоювання прав і свобод для громадян своєї країни, право вибору національної державної позиції.

На наш погляд, правова система України має створити сприятливі умови для гармонізації міжнародно-правових актів у вітчизняне законодавство, а саме на теоретичному етапі створювати нормативно-правову базу з урахуванням національних особливостей, правового менталітету, де постануть правові механізми охорони й контролю об'єктів і суб'єктів інтелектуальної власності на біотехнології. Однак без ефективних засобів забезпечення прав на інтелектуальну власність інноваційна та творча діяльність не підтримуються і капіталовкладення зменшується. У зв'язку з цим необхідно забезпечити, щоб матеріальне право в галузі інтелектуальної власності, яке в даний час значною мірою є частиною acquis communautaire, ефективно застосовувалося в Співтоваристві. У цьому відношенні засоби забезпечення прав на інтелектуальну власність мають першорядне значення для успіху внутрішнього ринку. Для досягнення необхідного результату потрібно об'єднання зусиль законодавчої вертикалі із висококваліфікованими фаховими спеціалістами у сфері біотехнологій, де даний взаємозв'язок із спеціалістами законотворчості приречений на відтворення належного вітчизняного правового імунітету.

---

[1] Бошицький Ю.Л., Швантнер М. Сучасна концепція стратегії інтелектуальної власності : загальні питання теорії, методології та практики. *Часопис Київського університету права.* 2015. № 1. С. 195–200. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Chkup_2015_1_49

[2] Павленко Т.А. Особливості захисту права інтелектуальної власності в сучасній Україні *Наше право.* 2014. № 10. С. 147–152. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=F&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN5

[3] Олефір А.О. До проблеми правової охорони біотехнологій. Теорія і практика інтелектуальної власності : наук.-практ. журн. / Н.-д. ін-т інтелектуальної власності Нац. акад. прав. наук України. Київ, 2015. № 1. С. 71–83. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Tpiv_2015_1_10

[4] Кузьмич І.І. Міжнародно-правові акти у сфері правової охорони інтелектуальної власності на біотехнології. *Часопис Київського університету права.* 2018. № 2. С. 219–226. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Chkup_2015_1_49

[5] Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності № 981_054 від 15.04. 1994 р. (поточна редакція від 06.12.2005 р., документ № 981_018). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

[6] Про забезпечення прав на інтелектуальну власність: директива 2004/48/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС від 29.04.2004 р. (м. Страсбург), п. 8, 9. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_b39

[7] Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності № 981_054 від 15.04. 1994 р. (поточна редакція від 06.12.2005 р., документ № 981_018), п. 7, ч. І. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018

[8] Там само.

[9] Про права на селекційні досягнення у Європейському Співтоваристві: регламент Ради Європейського Союзу 2100/94 від 27.07.1994 р., ст. ст. 5, 6. URL: http://base.garant.ru/2570154/

[10] Про правову охорону біотехнологічних винаходів: директива 98/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 06.07.1998 р. *Офіційний вісник ЄС,* L 213. 1998. 30 липня. С. 13–21. П. 1. Ст. 3. П.п. 30–32. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044

[11] Конвенція про охорону біологічного різноманіття від 1992 р. № 995_030 (*редакція від 29.10.2010 р., підстава 995_k03*) п. 3 ст. 19, ст.16, ст. 8. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030

[12] Каленова Л.Ф. Вплив вторинних метаболітів Bacillus sp. 3 багатолітнємерзлих порід на синтез цитокінів мононуклеарними клітинами периферичної крові людини / за ред. Каленова Л.Ф., Коливанова С.С., Бажин А.С., Бесєдін І.М., Мельникова В.П. *Бюлетень експериментальної біології і медицини*. 2017. Т. 163. № 2. URL:https://www.utmn.ru/presse/novosti/nauka-segodnya/612060/

[13] Колекція референтних тест-штамів. *Інститут мікробіології і вірусології ім. Д.К. Заболотного НАН України (м. Київ)* 38 тест-штамів для контролю якості лікарських засобів. URL: http://www.imv.kiev.ua/index.php/ru/shtam

[14] Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин від 02.12.1961 р. *(*приєднання України від 02.06.1995 р.; 02.08.2006 р.), документ 995_856 (поточна редакція 02.08.2006, підстава 60-V). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_856

[15] Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: постанова КМУ від 16.08.1999 р. № 1496 (редакція від 21.05.2003 р., підстава 716-2003-п). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1496-99-п

[16] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014 р., документ 984_011 (поточна редакція 30.11.2015 р., підстава – v2980321-15), ст. 220, п. 4, ст. 221, підрозділ 5. URL: https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011

[17] Про охорону прав на винаходи (корисні моделі): Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-XII (поточна редакція 05.12.2012 р., підстава 5460-VI), п. 2, ст. 6, Розділ II. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/3687-12

[18] Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. № 1629-IV (редакція від 04.11.2018 р., підстава 2581-VIII), Розділи II, V. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15

[19] Наказ від 11.08.2017 р. № 37-13-6-7/18900 Міністерства аграрної політики та продовольства України (відповідно до частини другої статті 9 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин», пункту 8 Положення про Міністерство аграрної політики та продовольства України), затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 25.11. 2015 р. № 1119. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z0781-18

[20] Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 26.10.2017 р., зареєстрований у Міністерстві юстиції України 26.02.2018 р. за № 232/31684 Про затвердження Інструкції щодо забезпечення дослідними зразками експертизи заявки на сорт рослин, створений (відповідно до статей 20, 29 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин», підпункту 21 пункту 4 Положення про Міністерство аграрної політики та продовольства України), затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28.12.1992 р. № 731. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z0232-18

[21] Впровадження дистанційного навчання з 05.03. - 08.03. 2018 року, DL-205 Вступ до системи охорони сортів рослин UPOV згідно з Конвенцією UPOV, DL-305 A Адміністрування прав селекціонера (Частина A DL-305 курсу: Експертиза заявок на права селекціонера), DL-305 B Експертиза на ВОС (Частина B DL-305 Експертиза заявок на права селекціонера) та DL-305 Експертиза заявок на права селекціонера (організовані Міжнародною спілкою з охорони нових сортів рослин на платформі Центру електронного навчання Всесвітньої організації з інтелектуальної власності (WIPO). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0703-13/ed20130425

[22] Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня охорони і захисту прав інтелектуальної власності на винаходи (корисні моделі), промислові зразки і торговельні марки» від 20.09.2018 р. (оновлена версія від 01.02.2018 р. за № 7538), ч. II, III, ст. 6. URL: http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=483072a8-5b63-4c8e-a478-4be61a265d1f&title=ProektZakonuUkrainiproVnesenniaZminDoDeiakikhZakonodavchikhAktivUkrainiSchodoPidvischenniaRivniaOkhoroniIZakhistuPravIntelektualnoiVlasnostiNaVinakhodi-korisniModeli-PromisloviZrazkiITorgovelniMarki

[23] Юлевич О.І., Ковтун С.І., Гиль М.І. Біотехнологія : навч. посіб. / за ред. М.І. Гиль. Миколаїв : МДАУ. 2012. 476 с.

References:

Boshytskyi, Yu.L., Shvantner, M. (2015). The Modern Concept of Intellectual Property Strategy: General Issues in Theory, Methodology and Practice. *Chasopys Kyyivs`koho universytetu prava*, 1, 195–200. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Chkup_2015_1_49 [in Ukrainian].

Pavlenko, T.A. (2014). Features of protection of intellectual property rights in modern Ukraine. *Nashe pravo,* 10, 147–152. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=F&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN5 [in Ukrainian].

Olefir, A.O. (2015). To the problem of legal protection of biotechnologies. Theory and Practice of Intellectual Property. *Naukovo-praktychnyy zhurnal Naukovo-Doslidnyts`koho instytutu intelektual`noyi vlasnosti Natsional`noyi Akademiyi pravnychykh nauk Ukrayiny. ISSN 2308-0361*. Kyyiv, 1, 71–83. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Tpiv_2015_1_10 [in Ukrainian].

Kuzmych, I.I. (2018). International legal acts in the field of legal protection of intellectual property on biotechnology. *Chasopys Kyyivs`koho universytetu prava*, 2, 219–226. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=Chkup_2015_1_49 [in Ukrainian].

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights № 981_054. (1994, April 15). Urugvays`kyy raund Heneral`noyi uhody z taryfiv i torhivli (GATT), 7, I. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018 [in Ukrainian].

Directive 2004/48/EC. (2004, April 29). About securing intellectual property rights. Yevropeys`kyy Parlament i Rada YeS. Strasburh: 8, 9. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_b39 [in Ukrainian].

Council Regulation (EC) No 2100/94 On selection rights in the European Community. (1994, July 27). *Yevropeys`kyy Parlament i Rada YeS.* URL: http://base.garant.ru/2570154/ [in Ukrainian].

Directive 98/44/EC On the legal protection of biotechnological inventions № 31998L0044. (1998, Jule 6). *Y*evropeys`kyy Parlament i Rada YeS (OJL 213, 3, pp. 30–32 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV)). URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31998L0044 [in English].

Convention on the Protection of Biological Diversity No. 995_030, (1992). Yevropeys`kyy Parlament i Rada YeS. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030 [in Ukrainian].

Kalenova, L.F., Kolyvanova, S.S, Bazhyn, A.S, Besiedin, I.M, Melnykov, V.P. (2017). Effect of secondary metabolites of Bacillus sp. From perennial frozen rocks for cytokine synthesis by human peripheral mononuclear cells. Byuleten` eksperymental`noyi biolohiyi i medytsyny. (Vol. 163), 2. URL:https://www.utmn.ru/presse/novosti/nauka-segodnya/612060/ [in Ukrainian].

Collection of reference test strains. 38 test strains for quality control of medicines. (2019). Kyyiv: Instytut mikrobiolohiyi i virusolohiyi im. D.K. Zabolotnoho NAN Ukrayiny. URL: http://www.imv.kiev.ua/index.php/ru/shtam [in Ukrainian].

International Convention for the Protection of New Varieties of Plants № 995_856 (1961, December, 2). Yevropeys`kyy Parlament i Rada YeS. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_856 [in Ukrainian].

Resolution On the Concept of Adaptation of the Legislation of Ukraine to the Legislation of the European Union No. 1496. (1999, August, 16). Kabinet Ministriv Ukrayiny. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1496-99-п [in Ukrainian].

Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, of the other part № 984_011 (2014, June 27). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 4, 221, 5. URL: https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011 [in Ukrainian].

Law of Ukraine On Protection of Rights to Inventions (Utility Models) No. 3687-XII (1993, December 15). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 2, 6, II. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/3687-12 [in Ukrainian].

Law of Ukraine On the National Program of Adaptation of the Legislation of Ukraine to the Legislation of the European Union No. 1629-IV. (2004, March 18). *Vidomosti Verkhovnoyi Rady Ukrayiny*, 29, 367, II,V. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15 [in Ukrainian].

Order (in accordance with part two of Article 9 of the Law of Ukraine On Protection of Rights to Varieties of Plants, Clause 8 of the Regulation on the Ministry of Agrarian Policy and Food of Ukraine) No. 37-13-6-7 18900. (2017, August 11). Ministerstvo Ahrarnoyi Polityky ta Prodovol`stva Ukrayiny, approved by the Resolution No. 1119. (2015, November, 25). Kabinet Ministriv Ukrayiny. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/z0781-18 [in Ukrainian].

Order On approving the Instruction on provision of examination specimens of the application for a variety of plants, established (in accordance with Articles 20, 29 of the Law of Ukraine On Protection of Rights to Varieties of Plants, 21, 4), (2017, October, 26). Ministerstvo Ahrarnoyi Polityky ta Prodovol`stva Ukrayiny. (2018, February, 26). No. 232/31684. Ministerstvo Yustytsiyi Ukrayiny, approved by the Resolution No. 731. (1992, December, 28). Kabinet Ministriv Ukrayiny. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/ z0232-18 [in Ukrainian].

Implementation of distance learning since. DL-205 Introduction to the UPOV Plant Variety Protection System under the UPOV Convention, DL-305 A Administration of Breeder Rights (Part A DL-305 Course: Examination of Breeder Rights Applications), DL-305 B Examination on BOC (Part B DL-305 Plant Breeder Examination) and DL-305 Plant Breeder Examination. (2018, March, 5–8). Mizhnarodna spilka z okhorony novykh sortiv roslyn na platformi Tsentru elektronnoho navchannya Vsesvitn`oyi orhanizatsiyi z intelektual`noyi vlasnosti (WIPO). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0703-13/ed20130425 [in Ukrainian].

Draft Law of Ukraine On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Enhancing the Protection and Protection of Intellectual Property Rights for Inventions (Utility Models), Industrial Designs and Trademarks No. 7538. (2018, September, 20), Departament Intelektual`noyi vlasnosni, II, III, 6. URL: http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=483072a8-5b63-4c8e-a478-4be61a265d1f&title=ProektZakonuUkrainiproVnesenniaZminDoDeiakikhZakonodavchikhAktivUkrainiSchodoPidvischenniaRivniaOkhoroniIZakhistuPravIntelektualnoiVlasnostiNaVinakhodi-korisniModeli-PromisloviZrazkiITorgovelniMarki [in Ukrainian].

Yulevych, O.I., Kovtun, S.I., Hyl, M.I. (Ed.) (2012). Biotechnology. Mykolayiv : MDAU [in Ukrainian].

Резюме

Кузьмич І.І. **Правова екзистенціальність біопатентів – нагальна проблема сучасної інтелектуальної законотворчості.**

Надано коротку постатейну деталізацію неоднорідності визначень біотехнологій як об'єктів інтелектуальної власності, а також пов'язаних із ними процесів, у міжнародно-правових актах. Здійснено спробу дослідити правову екзистенціальність біопатентів й охарактеризувати значення особливостей суті біотехнологій для обґрунтування надважливості обумовленості процедури патентування, враховуючи дану специфіку на етапі створення вітчизняного нормативно-правового підґрунтя. Частково розкрито підходи міжнародно-правових актів у частині закріплення принципів охорони і захисту прав інтелектуальної власності на біотехнології як у пріоритетній науково-економічній та державно-стратегічній царині, визначено особливості їх реалізації в національному законодавстві.

Вказано на застереження щодо можливих утворених руйнівних наслідків сучасного некомпетентного підходу з боку вітчизняних законодавців до сутності складу біотехнологій як об'єктів інтелектуальної власності, у створенні механізмів інтелектуальної законотворчості, зважаючи на унікальну здатність біотехнологій саморепродукуватися та самовідтворюватися. Відмічено істотні зміни у поступовому наближенні правових нормативів до стандартів системи права Європейської спільноти у забезпеченні охорони прав інтелектуальної власності на біотехнології. Відображено розуміння необхідного виокремлення біотехнологій у самостійну правову локальну інтелектуальну сферу цивілізації із певним рівнем відповідальності у перспективі появи ключової інноваційної правової моделі при уніфікованій законотворчій спіралі.

Ключові слова: правова екзистенціальність, інтелектуальна законотворчість, система права ЄС, трансформація, гармонізація, біотехнології, унікальність, специфічність, біопатенти, некомпетентність, застереження.

Резюме

Кузьмич И.И. **Правовая экзистенциальность биопатентов – насущная проблема современного интеллектуального законотворчества.**

Представлена краткая постатейная детализация неоднородности определений биотехнологий как объектов интеллектуальной собственности, а также связанных с ними процессов, в международно-правовых актах. Предпринята попытка исследовать правовую экзистенциальность биопатентов и охарактеризовать значение особенностей сути биотехнологий для обоснования сверхважности обусловленности процедуры патентования, учитывая данную специфику на этапе создания отечественной нормативно-правовой основы. Частично раскрыты подходы международно-правовых актов в части закрепления принципов охраны и защиты прав интеллектуальной собственности на биотехнологии, как в приоритетной научно-экономической и государственно-стратегической области, определены особенности их реализации в национальном законодательстве.

Указано на предостережения о возможных созданных разрушительных последствиях современного некомпетентного подхода со стороны отечественных законодателей к сущности состава биотехнологий, как объектов интеллектуальной собственности, в создании механизмов интеллектуального законотворчества, учитывая уникальную способность биотехнологий саморепродуцироваться и самовоспроизводиться. Отмечены существенные изменения в постепенном приближении правовых нормативов к стандартам системы права Европейского сообщества в обеспечении охраны прав интеллектуальной собственности на биотехнологии. Отражено понимание необходимого выделения биотехнологий в самостоятельную правовую локальную интеллектуальную сферу цивилизации с соответствующим уровнем ответственности в перспективе появления ключевой инновационной правовой модели при унифицированной законотворческой спирали.

Ключевые слова: правовая экзистенциальность, интеллектуальное законотворчество, система права ЕС, трансформация, гармонизация, биотехнологии, уникальность, специфичность, биопатенты, некомпетентность, предостережения.

Summary

Iryna Kuzmych. **Legal existentiality of bio-patents is an urgent problem of modern intellectual law-making.**

This article presents a brief, detailed breakdown of the heterogeneity of definitions of biotechnology, as objects of intellectual property, as well as related processes, in international legal acts of the European Parliament, the Council of the EU and the European Community, an attempt has been made to investigate the legal existentiality of biopatents and to characterize the importance of features of the essence of biotechnology, to substantiate the extreme conditionality of the procedure for patenting biotechnology, taking into account this specificity at the stage of creating a national regulatory framework, laid down in the main national regulations. The approaches of international legal acts regarding the consolidation of the principles of protection and protection of intellectual property rights, in particular, and, above all, on biotechnology, as in the a priority scientific, economic and state - strategic sphere, are partially disclosed and the peculiarities of their implementation in national legislation are defined. The warnings about the possible devastating consequences of the current incompetent approach by domestic legislators to the essence of biotechnology as objects of intellectual property, creation of mechanisms of intellectual lawmaking, given their unique ability to self-reproduce and self-reproduce, are pointed out. However, at the same time, it has been noted so far that there have been significant changes in the gradual approximation of legal standards to the standards of the European Community law system, in particular, in ensuring the protection of intellectual property rights in biotechnology, which will have a beneficial effect on the prospect of the emergence of a key innovative legal model with a unified legislative spirals with an understanding of the necessary separation of biotechnologies into an independent legal local intellectual sphere of civilization with an appropriate level of responsibility.

The multifaceted nature of the content of biotechnology has turned a science that studies the possibilities of using living organisms, their systems or their vital products to solve technological problems, as well as the possibility of creating living organisms with the necessary properties by genetic engineering, into one of the areas of industry of important macroeconomic importance. In all leading countries of the world, national and international programs on biotechnology, funded by public and private capital, are developed and are operating, in addition, the results of scientific research in the field of biotechnology. Implement long-term projects with a high degree of risk upon receipt of various commercial products, the development results of which must be reliably protected from competitors, possibly while ensuring the granting of exclusive rights to new products and technologies by patenting. Thus, the protection of the right to biotechnology makes the patent an instrument for transferring technology and protecting new markets in the global economy, where the use of such an instrument is most effective in industries with a high cost of research and development, but low production cost of the final product, typical for biotechnological, microbiological and pharmaceutical industry.

Convincingly, even in a quote by A. Einstein, «Nature shows us only the tail of the lion. But I do not doubt that the lion belongs to it even though he cannot at once reveal himself because of his enormous size», there are warnings regarding a negligent attitude towards the natural uniqueness of biotechnologies and an understanding of the devastating consequences of an incompetent approach to the interpretation of the concepts and processes associated with biotechnologies when creating a domestic regulatory and legal framework for the protection of intellectual property rights in biotechnologies, the need for biopatents, taking into account the supremacy and legal existence of biotechnologies, as objects of intellectual property and a powerful generator of scientific and technological development ia of the country, the guarantor of innovation and financial stability, and, the innermost unexplored possibilities of biotechnology with unpredictable prospects for humanity.

Key words: legal existentiality, intellectual lawmaking, EU law system, transformation, harmonization, biotechnology, uniqueness, specificity, biopatents, incompetence, reservations.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.48
УДК 349.4:340.142 (477)

Д.М. КОЛОМІЙЦЕВА

Діана Миколаївна Коломійцева, *кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]
ORCID: 0000-0002-7442-5795

СПОРИ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ СУДОВОЇ ЮРИСДИКЦІЇ ПРИ ОСКАРЖЕННІ РІШЕНЬ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН: ГЕНЕЗИС ФОРМУВАННЯ, ОЗНАКИ ТА ПОНЯТТЯ

Постановка проблеми. Однією із конституційно-правових гарантій людини є право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових та службових осіб (ст. 55 Основного Закону). При чому звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина гарантується ст. 8 Конституції України.

Питання судової юрисдикції в спорах щодо оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування є однією з причин неефективної реалізації зазначених конституційних норм. Адже з'ясування питання підвідомчості справи даної категорії може розглядатись трьома судовими інстанціями та закінчитись закриттям провадженням у справі.

Тож протягом років застосування земельного законодавства сформовано дві великі групи спорів у межах однієї категорії – оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин: перша група – це спори щодо вибору предметної юрисдикції при оскарженні рішень органами державної влади та місцевого самоврядування, друга – спори щодо застосування норм земельного законодавства при прийняті рішень органами державної влади та місцевого самоврядування.

Зазначені групи спорів даної категорії є рівнозначними за складністю застосування, що обумовлює необхідність їх поглибленого дослідження. Враховуючи, що питання предметної юрисдикції при оскаржені рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин є малодослідженим як окрема категорія спорів, ця стаття буде присвячена вивченню саме цього питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема визначення судової юрисдикції земельних спорів була предметом уваги багатьох вчених та фахівців, у тому числі А.О. Арсенюк, А.А. Барікової, В.М. Бевзенко, С.Д. Демченко, Н.Ю. Задираки, Н.В. Ільків, О.В. Ільницького, І.І. Каракаша, В.В. Квака, О.М. Ковтун, А.В. Котелевець, Н.О. Кузьменко, Л.В. Лейби, А.Й. Осетинського, О.Є. Самбір, М. Стахурського, М.В. Шульги, А.В. Хоменко та інших.

Проте вивчення питання предметної юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин потребує окремого дослідження з огляду на тенденції судової практики, що були сформовані за роки здійснення господарського, цивільного та адміністративного судочинства в Україні.

Мета статті. Метою статті є: 1) дослідження генезису формування судової практики щодо оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування в сфері земельних відносин; 2) визначення критеріїв (ознак) розмежування предметної юрисдикції справ щодо оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування в сфері земельних відносин на кожному етапі розвитку; 3) формування поняття та правових ознак спорів щодо визначення предметної юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин.

Виклад основного матеріалу. Спори щодо предметної юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування в сфері земельних відносин розвивались поступово відповідно до ускладнення земельних правовідносин та змін процесуального законодавства. У результаті аналізу законодавства та матеріалів судової практики можна виділити кілька етапів формування даної групи спорів.

© Д.М. Коломійцева, 2019

[*] ***Diana Kolomiitseva,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Перший етап – період формування процесуального законодавства, що давало змогу оскаржувати рішення та бездіяльність органів державної влади.

Даний етап припадає на чинність Цивільного процесуального кодексу України від 18 липня 1963 р. (в редакціях з 1996 до 2003 рр.), Арбітражного процесуального кодексу України, Земельного кодексу України від 18 грудня 1990 р. в редакції від 13 березня 1992 року.

Відповідно до гл. 31-А Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) до суду могли бути оскаржені рішення, дії чи бездіяльність у сфері управлінської діяльності будь-якого органу державної влади чи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, об'єднання громадян, іншої юридичної особи або їх посадових чи службових осіб, за винятком актів, перевірку конституційності яких віднесено до повноважень Конституційного Суду України або щодо яких передбачено інший порядок судового оскарження[1].

Правова можливість визнати недійсними акти ненормативного характеру, видані центральними органами державної виконавчої влади, обласними, Київською та Севастопольською міськими Радами народних депутатів, представниками Президента України в областях, містах Києві та Севастополі, обласними, Київською та Севастопольською місцевими державними адміністраціями була передбачена Арбітражним процесуальним кодексом України та належала до підсудності Вищого арбітражного суду. У цей же часовий період було прийнято одне з перших узагальнень судової практики в цій категорії спорів, яким можна вважати постанову Пленуму Верховного Суду України № 13 від 03 грудня 1997 р. «Про практику розгляду судами справ за скаргами на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних, посадових і службових осіб у сфері управлінської діяльності, які порушують права та свободи громадян»[2].

У зазначеній постанові роз'яснювались загальні питання процесуального провадження щодо вищезазначеної категорії справ, серед яких зокрема: право на звернення зі скаргою до суду; порядок визначення органів державної влади та місцевого самоврядування, а також посадових осіб рішення, дії чи бездіяльність яких можуть оскаржуватись до суду в порядку цивільного процесуального провадження; критерії для оскарження актів як нормативного, так і індивідуального характеру.

На противагу процесуальному законодавству Земельний кодекс України від 18 грудня 1990 р., в редакції від 13 березня 1992 р., передбачав можливість оскарження рішення Рад народних депутатів в суді та арбітражному суді в місячний строк. Але така правова можливість була передбачена для тих рішень Рад народних депутатів, які були винесені за наслідками розгляду спору з приводу суміжного землекористування.

Таким чином, цей часовий період характеризується формуванням правової можливості існування спорів щодо оскарження рішень, дій та бездіяльності органів державної влади і місцевого самоврядування, з явною перевагою правових можливостей процесуального законодавства над земельним.

Другий етап – етап активного формування практики розгляду спорів щодо вибору судової юрисдикції (або підвідомчості) при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин. Він охоплює часовий період від прийняття та введення в дію Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р., Цивільного процесуального кодексу України від 18 березня 2004 р., Кодексу про адміністративне судочинство України від 06 липня 2005 р. та діє до 15 грудня 2017 року.

Визнання недійсними рішень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування визнається Земельним Кодексом України одним із способів захисту прав громадян та юридичних осіб на земельні ділянки. Тому даний є періодом визначення місця та компетенції судів цивільної і господарської юрисдикцій у справах даної категорії у зв'язку з появою суду адміністративної юрисдикції, який законодавством заявляється як спеціалізований суд з розгляду спорів з органами державної влади та місцевого самоврядування.

За правилами процесуального законодавства України, яке діяло в Україні до 15 грудня 2017 р., підвідомчість земельних спорів визначалась залежно від суб'єктного складу учасників спору. Ті земельні спори, сторонами в яких є юридичні особи, а також громадяни, що здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статус суб'єкта підприємницької діяльності, розглядаються господарськими судами, а всі інші – у порядку цивільного судочинства. Спори щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень при реалізації ними управлінських функцій у сфері земельних правовідносин віднесено до компетенції адміністративних судів, згідно з п. 1, 3 частини першої ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України[3].

Проте така базова нормативно-правова концепція на практиці застосовується неоднозначно, свідченням чого є створення у цей часовий період численних узагальнень та роз'яснень, які напрацьовані вищими касаційними судовими інстанція.

Зокрема, питанню визначення підвідомчості справ, у тому числі щодо оскарження рішень органів місцевого самоврядування та розпоряджень органів державної влади у сфері земельних відносин, присвячено наступні роз'яснення вищих судових інстанцій та суду конституційної юрисдикції:

– постанова Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ»[4];

– інформаційний лист Верховного Суду України від 26 грудня 2005 р. № 3.2.-2005 «Щодо застосування господарськими судами України положень процесуального законодавства стосовно розмежування компетенції між спеціалізованими адміністративними і господарськими судами»[5];

– рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 27 червня 2007 р. № 04-5/120 «Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам» (втратили чинність на підставі постанови Вищого господарського суду України № 10 від 24 жовтня 2011 р.)[6];

– інформаційний лист Вищого господарського суду України від 20 листопада 2008 р. № 01-8/685 «Про практику застосування у вирішенні спорів деяких норм чинного законодавства (за матеріалами справ, розглянутих Верховним Судом України)»[7];

– інформаційний лист Вищого господарського суду України від 21 січня 2009 р. № 01-08/33 «Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права (за матеріалами справ, розглянутих Верховним Судом України)»[8];

– інформаційний лист Вищого господарського суду України від 12 березня 2009 р. № 01-08/163 «Про деякі питання, порушені в доповідних записках про роботу господарських судів України у другому півріччі 2008 року щодо застосування норм Господарського процесуального кодексу України»[9];

– узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами, викладених у листі Вищого господарського суду від 01 січня 2010 р.[10];

– постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 6 від 17 травня 2011 р. «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин»[11];

– постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» від 01 березня 2013 р. № 3[12];

– постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів» від 20 травня 2013 р. № 8[13].

Аналіз вищевказаних узагальнень судової практики касаційних інстанцій у спорах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування та органів державної влади допомагає окреслити такі позиції.

Підвідомчість спорів даної категорії господарським судам Вищим господарським судом України обґрунтовується наступним: 1) оскаржуване рішення впливає на реалізацію права на земельну ділянку суб'єктом господарської діяльності, тому такі справи є захистом цивільних прав і обов'язків на земельну ділянку, що використовується в господарській діяльності; 2) оскарження рішення органу місцевого самоврядування чи органу державної влади як спосіб захисту порушених прав відповідає приписам чинного законодавства; 3) органи державної влади та місцевого самоврядування при прийнятті або неприйняті рішень щодо розпорядження земельними ресурсами виступають як представницькі органи суб'єкта власності – народу України, територіальної громади власників землі щодо права розпорядження, притаманного власнику. Тому індивідуальні акти органів держави або місцевого самоврядування, прийняті щодо цих питань, не належать до правових актів управління, а спори щодо їх оскарження мають приватноправовий характер.

Вищий спеціалізований суд України з цивільних та кримінальних справ при розгляді спорів про оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування фізичними особами вказує на необхідність з'ясування правової природи спору, що залежить від характеру владних повноважень при реалізації органами державної влади та місцевого самоврядування управлінських функцій у сфері земельних правовідносин. При цьому суди мають виходити з того, що спір є приватноправовим, якщо його предметом виступає рішення органів державної влади та місцевого самоврядування щодо розпорядження землями та земельними ділянками як об'єктами цивільних прав.

На противагу Вищому господарському суду України та Вищому спеціалізовану суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ, Вищий адміністративний суд України вважає, що земельні спори фізичних чи юридичних осіб з органом місцевого самоврядування або органами державної влади як суб'єктами владних повноважень щодо оскарження їх рішень, дій чи бездіяльності належать до публічно-правових спорів, які мають розглядатись та вирішуватись за правилами адміністративного судочинства адміністративними судами України. Така ж позиція відображена у рішенні Конституційного Суду України за наслідками розгляду справи № 1-6/2010 за конституційним поданням Вищого адміністративного суду України щодо офіційного тлумачення положень частини першої ст. 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» ст. 12 Земельного кодексу України, п. 1 частини першої ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України та ухвалив рішення № 10-рп/2010 від 01 квітня 2010 року[14].

Отже, узагальнення судової практики вищих касаційних інстанцій не містили однозначної позиції щодо підвідомчості справ про оскарження рішень, дій чи бездіяльності органом місцевого самоврядування або органами державної влади при оскарженні рішень органів місцевого самоврядування та державної влади в земельних відносинах, що не зважаючи на позицію Конституційного Суду України, тільки поглиблювало різноманітність практики щодо цього предмета спору.

За таких позицій касаційних інстанцій та Конституційного Суду України Верховний Суд України спробував сформувати правила визначення предметної юрисдикції справ про оскарження рішень органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади в земельних відносинах через судові рішення, які приймались за конкретними справами. Аналіз постанов Верховного Суду України від 4 листопада 2015 р. у справі № 21-3296а15, від 13 січня 2016 р. у справі 21-5421а15, від 19 січня 2016 р. у справі 21-3690а15, від 26 січня 2016 р. у справі 21-3367а15, від 26 січня 2016 р. у справі № 21-5523а15, від 31 січня 2017 р. у справі 21-1237а16, від 29 березня 2017 р. у справі 21-3412а16 та інших дає змогу зробити висновок, що при визначенні судової юрисдикції справ щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних правовідносин у цей часовий період Верховний Суд України виходив не тільки зі змісту позовних вимог, а й враховував правову природу спірних правовідносин сторін.

Узагальнений аналіз судових рішення Верховного Суду України цього часового періоду допоміг сформувати критерії – матеріальні та процесуальні ознаки спору, за наявності яких спір даної категорії можна вважати приватноправовим. Матеріальні ознаки спору визначаються через фактичні обставини спору, а процесуальні ознаки спору – правовою природою спірних правовідносин сторін.

До матеріальних ознак спору щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних правовідносин, які свідчать про «приватноправовий характер спору», можна віднести наступні:

– рішення органу державної влади чи місцевого самоврядування було реалізовано, що створило правові підстави для того, щоб виникло право на землю;

– рішення органу державної влади чи місцевого самоврядування було реалізовано, тобто право на земельну ділянку в особи вже виникло та існує, що підтверджується правовстановлюючими документами на землю;

– рішенням органу державної влади чи місцевого самоврядування було відмовлено особі в наданні земельної ділянки, тобто правомочності власника земель комунальної чи державної власності були реалізовані шляхом розгляду питання та відмови заявнику у відчуженні права на земельну ділянку.

До процесуальних ознак спору щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних правовідносин, за наявності яких провадження в справі за правилами адміністративного судочинства буде закрито, необхідно віднести такі:

– спір «публічно-правового характеру» виникає як наслідок іншого спору щодо порушення права особи на земельну ділянку (тобто спору «приватноправового характеру»), розгляд якого не завершено;

– якщо спір «публічно-правового характеру» є наслідком неправильної кваліфікації спірних правовідносин сторін, між якими де-факто існує спір про право особи на земельну ділянку (тобто спір «приватноправового характеру»).

Таким чином, другий етап формування практики розгляду спорів щодо вибору судової юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин характеризується розпорошеністю підходів вищих касаційний інстанцій, які намагалась з'єднати та систематизувати практика Верховного Суду України як найвищого суду в системі судоустрою України. Цей часовий період характеризується закріпленням законодавчих критеріїв (загальних правил) та формуванням судовою практикою спеціальних критеріїв (спеціальних правил) підвідомчості в цій складній категорії справ.

Третій етап – етап поглиблення правозастосовної практики розгляду спорів щодо вибору судової юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин.

Третій етап охоплює часовий період від введення в дію Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 02 червня 2016 р., вступ в силу з 15 грудня 2017 р. процесуального законодавства в новій редакції, тобто Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України та Кодексу про адміністративне судочинство України в редакціях Закону від 03 жовтня 2017 року.

Цей часовий період характеризується зміною процесуального законодавства, ліквідацією судів касаційної інстанції (Вищого господарського суду України, Вищого спеціалізованого суду України, Вищого адміністративного суду України) та Верховного Суду України та формування нової касаційної інстанції – Верховного Суду у складі чотирьох палат (Касаційного адміністративного суду, Касаційного господарського суду, Касаційного цивільного суду, Касаційного кримінального суду) та Великої Палати Верховного Суду.

Відповідно до чинного процесуального законодавства України, якщо учасник справи оскаржує судове рішення з підстав порушення правил предметної юрисдикції, справа передається на розгляд Великої Палати Верховного Суду, за винятком деяких випадків, в тому числі коли Велика Палата Верховного Суду вже викладала у своїй постанові висновок щодо питання предметної юрисдикції спору в подібних правовідносинах.

Тож Велика Палата Верховного Суду продовжує практику формування спеціальних правил судової юрисдикції, в тому числі у справах про оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин, яка здебільшого збігається з напрацьованими підходами Верховного Суду України.

Зокрема, у своїх постановах від 03 квітня 2018 р. у справі № 761/33504/14-а, від 18 квітня 2018 р. у справі № 802/950/17-а, від 20 вересня 2018 р. у справі № 803/884/17, від 06 лютого 2019 р. у справі № 488/3005/17-ц, від 15 травня 2019 р. у справі № 729/608/17, від 15 травня 2019 р. у справі № 352/1414/15-ц, від 12 червня 2019 р. у справі № 749/942/18 Велика Палата Верховного Суду підтвердила, що у разі прийняття суб'єктом владних повноважень рішення про передачу земельних ділянок у власність чи оренду (користування), тобто ненормативного акта, який вичерпує свою дію після його реалізації, подальше оспорювання правомірності набуття фізичною чи юридичною особою спірної земельної ділянки має вирішуватися в порядку цивільної (господарської) юрисдикції, оскільки виникає спір про цивільне право.

При вирішенні питання предметної юрисдикції у справі про оскарження прийнятого рішення радою про відмову в поновленні договору оренди земельної ділянки Велика Палата Верховного Суду в постанові від 3 квітня 2019 р. у справі № 727/1002/17 визначила, що відповідач (рада) як власник землі вільний у виборі суб'єкта щодо надання йому права оренди земельної ділянки в порядку, встановленому законом, при цьому рада не здійснює владних управлінських функцій[15]. Враховуючи, що предметом спору є перевірка

правильності формування волі однієї зі сторін стосовно розпорядження землею та передачі відповідних прав щодо неї, спір підлягає розгляду в порядку господарського судочинства.

Розглядаючи спір про визнання незаконними дій посадових осіб та зобов`язання Департаменту земельних ресурсів привести дані міського земельного кадастру у відповідність до відомостей Державного земельного кадастру в частині віднесення земельної ділянки, якою користуються позивачі, до земель сільськогосподарського призначення Велика Палата Верховного Суду в постанові від 20 листопада 2019 р. у справі № 756/16374/16-ц дійшла висновку, що даний спір має цивільну юрисдикцію, оскільки предметом спору є невизначеність цільового призначення земельної ділянки, на яке встановлено речове право – право користування позивачів та на якій розташовано нерухоме майно, що належить позивачам на праві власності[16].

Натомість при вирішенні питання юрисдикційної належності спору, предметом якого є оскарження рішення органу державної влади чи місцевого самоврядування про надання або відмову в наданні дозволу на розробку проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки, Велика Палата Верховного Суду в постановах від 21 березня 2018 р. у справі № 536/233/16-ц, 24 квітня 2018 р. у справі № 401/2400/16-ц, 30 травня 2018 р. у справі № 826/5737/16, 19 червня 2018 р. у справі № 922/864/17, 13 листопада 2019 р. у справі № 823/1984/16 дійшла висновку про те, що такий спір, повинен розглядатися в порядку адміністративного судочинства. Оскільки орган виконавчої влади або орган місцевого самоврядування у відповідних правовідносинах реалізовував свої контрольні функції у сфері управлінської діяльності, що підпадає під юрисдикцію адміністративного суду. Отримання дозволу на розробку проєкту землеустрою щодо відведення земельної ділянки не означає позитивного рішення про надання її у власність чи користування, а тому не створює правових наслідків, крім тих, що пов`язані з неправомірністю його прийняття.

Якщо ж особа оспорює рішення суб'єкта владних повноважень у сфері земельних відносин, яким затверджуються в установленому порядку місцеві містобудівні програми, генеральні плани забудови відповідних населених пунктів, інша містобудівна документація та інше, крім того, таке рішення розраховане на широке коло осіб (у тому числі оскарження рішення щодо інвентаризації земель кварталу, де знаходяться земельні ділянки 12 осіб), і в цих правовідносинах відповідач реалізує свої управлінські або контрольні функції у сфері управління певною території, то такі спори підпадають під юрисдикцію адміністративного суду (постанова Верховного Суду від 6 листопада 2019 р. у справі № 444/1976/16-ц[17]).

Тож Верховний Суд під час визначення предметної юрисдикції справ орієнтує на те, що суди повинні виходити із наступних обставин: 1) суті права та/або інтересу, за захистом якого звернулася особа; 2) заявлених вимог; 3) характеру спірних правовідносин; 4) змісту та юридичної природи обставин у справі.

Основною ознакою справи адміністративної юрисдикції є суть (зміст, характер) спору. Публічно-правовий спір, на який поширюється юрисдикція адміністративних судів, є спором між учасниками публічно-правових відносин і стосується саме цих відносин.

Натомість визначальні ознаки приватноправових відносин – юридична рівність та майнова самостійність їх учасників, наявність майнового чи немайнового, особистого інтересу суб'єкта. Спір буде мати приватноправовий характер, якщо він зумовлений порушенням приватного права (як правило, майнового) певного суб'єкта, що підлягає захисту в спосіб, передбачений законодавством для сфери приватноправових відносин, навіть і в тому випадку, якщо до порушення приватного права призвели владні управлінські дії суб'єкта владних повноважень.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу стверджувати, що кожен етап формування судової практики розгляду спорів стосовно визначення судової юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин має свої особливості, що характеризують зазначену групу судових спорів як окрему категорії спорів, що має такі ознаки:

1) утворюється від похідного предмета, що пов'язаний із захистом суб'єктивного права на землю чи реалізацією земельної правосуб'єктності;

2) завжди є предметом судового розгляду в межах заявлених позовних вимог, що пов'язані із захистом суб'єктивного права на землю чи реалізацією земельної правосуб'єктності;

3) утворює самостійні правові наслідки у вигляді допуску до розгляду справи по суті або перегляду винесеного судового рішення (судових рішень) у справі, скасування винесеного судового рішення (судових рішень) у справі та закриття провадження у справі;

4) має загальні та спеціальні правила застосування. Загальні правила застосування передбачені вимогами чинного процесуального законодавства, спеціальні правила сформовані судовою практикою при розгляді земельних спорів;

5) справи даної групи на стадії касаційного провадження розглядаються Великою Палатою Верховного Суду, постанови якої є остаточними та оскарженню не підлягають.

Таким чином, спори щодо визначення судової юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування в сфері земельних відносин є похідною категорією спорів, що має свою історію формування, утворює самостійний предмет судового розгляду та базується на застосуванні загальних і спеціальних правил, визначених законодавством та судовою практикою відповідно.

---

[1] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.07.1963 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1502-06

[2] Про практику розгляду судами справ за скаргами на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних, посадових і службових осіб у сфері управлінської діяльності, які порушують права та

свободи громадян: постанова Пленуму Верховного Суду України № 13 від 03.12.1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013700-97

[3] Кодекс адміністративного судочинства зі змінами, внесеними Законом № 2136-VIII від 13.07.2017 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/ed20170719

[4] Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ: постанова Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. № 7. *Вісник Верховного Суду України. 2004. № 6.*

[5] Щодо застосування господарськими судами України положень процесуального законодавства стосовно розмежування компетенції між спеціалізованими адміністративними і господарськими судами: інформаційний лист Верховного Суду України від 26.12.2005 р. № 3.2.-2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3-2-700-05

[6] Про деякі питання підвідомчості і підсудності справ господарським судам: рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 27.06.2007 р. № 04-5/120. *Вісник господарського судочинства.* 2011. № 6.

[7] Про практику застосування у вирішенні спорів деяких норм чинного законодавства (за матеріалами справ, розглянутих Верховним Судом України): інформаційний лист Вищого господарського суду України від 20.11.2008 р. № 01-8/685. *Вісник господарського судочинства.* 2009. № 1.

[8] Про деякі питання практики застосування у вирішенні спорів окремих норм процесуального права (за матеріалами справ, розглянутих Верховним Судом України): інформаційний лист Вищого господарського суду України від 21.01.2009 р. № 01-08/33. *Вісник господарського судочинства.* 2009. № 2.

[9] Про деякі питання, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів України у другому півріччі 2008 року щодо застосування норм Господарського процесуального кодексу України: інформаційний лист Вищого господарського суду України від 12.03.2009 р. № 01-08/163. *Вісник господарського судочинства.* 2009. № 3.

[10] Узагальнення судової практики розгляду господарськими судами справ у спорах, пов'язаних із земельними правовідносинами: лист Вищого господарського суду від 01.01.2010 р. *Вісник господарського судочинства.* 2010. № 1.

[11] Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин: постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 6 від 17.05.2011 р. *Вісник господарського судочинства.* 2010. № 1.

[12] Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ: постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2013 р. № 3. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13/print

[13] Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів: постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20.05.2013 р. № 8. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13

[14] Рішення Конституційного Суду України від 01.04.2010 р. № 10-рп/2010 у справі № 1-6/2010 за конституційним поданням Вищого адміністративного суду України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» статті 12 Земельного кодексу України, пункту 1 частини першої статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України. *Вісник Конституційного Суду України.* 2010. № 3.

[15] Постанова Верховного Суду від 03.04.2019 р. у справі № 727/1002/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/81171420

[16] Постанова Верховного Суду від 20.11.2019 р. у справі № 756/16374/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86401182

[17] Постанова Верховного Суду від 06.11.2019 р. у справі № 444/1976/16-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85467588

Резюме

Коломійцева Д.М. **Спори щодо визначення судової юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин: генезис формування, ознаки та поняття.**

У статті представлено результат аналізу процесуального та земельного законодавства, судової практики, що охоплює часовий період з початку утворення незалежної самостійної держави Україна до цього часу, стосовно формування окремої категорії спорів щодо визначення судової предметної юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин. Автором було визначено три ключові етапи становлення та розвитку даної групи спорів, що впливали на порядок визначення предметної юрисдикції спорів щодо оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин. На підставі проведеного аналізу визначено критерії розмежування предметної юрисдикції даної групи спорів, правові ознаки, які характерні для даної групи спорів, та надано визначення поняття цій групі спорів.

Ключові слова: судова предметна юрисдикція, оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин, критерії розмежування предметної юрисдикції, генезис формування, поняття та ознаки групи спорів щодо визначення предметної юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин.

Резюме

Коломийцева Д.Н. **Споры по определению юрисдикции при обжаловании решений органов государственной власти и местного самоуправления в сфере земельных отношений: генезис формирования, признаки и понятие.**

В статье представлен результат анализа процессуального и земельного законодательства, судебной практики, которая охватывает временной период с начала образования независимого самостоятельного государства Украина до нынешнего времени, относительно формирования отдельной категории споров по определению судебной предметной юрисдикции при обжаловании решений органов государственной власти и местного самоуправления в сфере земельных отношений. В частности, автором были определены три ключевые этапы становления и развития данной группы споров, которые влияли на порядок определения предметной юрисдикции споров по обжалованию решений органов государственной власти и местного самоуправления в сфере земельных отношений. На основании проведенного анализа определены критерии разграничения предметной юрисдикции данной категории споров, правовые признаки, характерные для данной группы споров, и дано определение понятия этой группе споров.

Ключевые слова: судебная предметная юрисдикция, обжалование решений органов государственной власти и местного самоуправления в сфере земельных отношений, критерии разграничения предметной юрисдикции, генезис формирования, понятие и признаки споров по определению предметной юрисдикции при обжаловании решений органов государственной власти и местного самоуправления в сфере земельных отношений.

Summary

Diana Kolomiitseva. **Problems on determining the jurisdiction of claims when appealing against state authorities and local self-government decisions in the land disputes field: genesis, features and notion.**

The issues of jurisdiction in disputes over appeals against decisions of state authorities and local self-government is one of the reasons for the ineffective implementation of these constitutional norms. The ascertainment of the issue of jurisdiction in a case in this category may be considered by courts of all three tiers and result in the closure of the proceedings in the case. Given that the issue of subject-matter jurisdiction in appealing against decisions of state authorities and local self-government in the field of land relations is poorly researched as a separate category of disputes, this article covers this issue.

The author identifies three key stages in the formation and development of this group of disputes, which influenced the procedure for determining the subject-matter jurisdiction of disputes over appealing against decisions of state authorities and local self-government in the field of land relations. The first stage is the period of the formation of procedural legislation, allowing to appeal against the decisions and inaction of state authorities. The second stage is the stage of active formation of the practice of litigation over the choice of jurisdiction when appealing against decisions of state authorities and local self-government in the field of land relations. The third stage is the stage of deepening the law enforcement practice of litigation concerning the choice of jurisdiction when appealing against decisions of state authorities and local self-government in the field of land relations.

The conducted research suggests that each of these stages has its own features, characterizing this group of disputes as a separate category of disputes has the following features:

1) is formed from a derivative object related to the protection of the subjective land right or the realization of land legal personality;

2) is always subject to judicial consideration within the stated claims, related to the protection of the subjective land right or the realization of land legal personality;

3) creates independent legal consequences in the form of admission of the case to be considered in substance or revision of the made court decision or court decisions in the case, cancellation of the made court decision or court decisions in the case, and the closure of the proceedings in the case;

4) has general and specific rules of application. General rules of application are stipulated by the requirements of the current procedural legislation, and specific rules have been formed by the case law in the judicial review of land disputes;

5) the cases of this group at the stage of cassation are considered by the Grand Chamber of the Supreme Court, whose decisions are final and are not subject to appeal.

Thus, disputes concerning the determination of jurisdiction when appealing against decisions of state authorities and local self-government in the field of land relations are a derivative category of disputes, which has its history of formation, forms an independent subject of judicial consideration and is based on the application of general and specific rules determined by, accordingly, the legislation and judicial practice.

Key words: court subject-matter jurisdiction; appeal against decisions of state authorities and local self-government bodies in the field of land relations; criteria of delimitation of subject-matter jurisdiction; genesis, notion and features of land disputes regarding appeals against decisions of state authorities and local self-government bodies in the field of land relations.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.49
УДК 349.42

С.І. МАРЧЕНКО, Х.С. ПЕТРИНА

Світлана Іванівна Марченко, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]
ORCID: 0000-0001-9169-3233

Христина Сергіївна Петрина, *студентка магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[**]
ORCID: 0000-0002-9442-399X

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИНОГРАДАРСТВА ТА ВИНОРОБСТВА В УКРАЇНІ ТА МОЛДОВІ

Постановка проблеми. Виноградарство та виноробство в Україні є традиційними галузями сільськогосподарського виробництва та перспективними видами аграрного бізнесу, «які з давніх часів забезпечують населення цінними та незамінними продуктами харчування, переробну промисловість - сировиною та відіграють важливу роль у наповненні державного та місцевих бюджетів»[1].

Відносини у сфері виноградарства та виноробства врегульовано Законом України «Про виноград та виноградне вино», що є свідченням пріоритетності та важливості розвитку зазначеного сектора економіки. Водночас, незважаючи на наявність спеціального правового регулювання, наразі стан виноградарства та виноробства в Україні характеризується негативними показниками. Як зазначається в Галузевій Програмі розвитку виноградарства та виноробства України на період до 2025 року, яку затверджено наказом Міністерства аграрної політики України, Української академії аграрних наук від 21 липня 2008 р. № 444/74, та в економічній літературі, в Україні постійно скорочуються площі виноградних насаджень (за останнє десятиріччя – на 46,3 %), збільшується їх зрідженість, зменшується врожайність (майже у 2–3 рази нижча тієї, що можуть забезпечувати природна родючість ґрунту та потенційні можливості рослин). Сировинна база виноградарства не забезпечує потреби виноробства, що виражається у дефіциті сировини, її високій ціні, невідповідності сучасним вимогам сортового складу виноградних насаджень, наслідком цього стало збільшення імпорту вин та виноматеріалів[2].

Зазначене свідчить про необхідність вдосконалення законодавства у сфері виноградарства та виноробства, в тому числі і з урахуванням зарубіжного досвіду. Для проведення порівняльного аналізу обрано законодавство Республіки Молдови як однієї із пострадянських країн, яка має схоже історичне минуле з Україною, а наразі належить до країн лідерів у сфері виноградарства та виноробства. Згідно зі Статистичним звітом Міжнародної організації виноградарства та виноробства про Світове Виноградарство за 2019 р., Молдова займає 13 місце в світі за площею виноградників, тоді як Україна знаходиться аж на 30. Окрім того, на відміну від України, а також таких знаних світових лідерів у сфері виноградарства та виноробства, як Іспанія, Франція, Португалія, Аргентина, за період з 2014 р. по 2018 р. площа виноградників в Молдові збільшилась і в загальному приріст площі виноградників має додатні значення, тоді як у вказаних країнах він є нульовим або взагалі від'ємним. Також, на відміну від України, Молдова є одним із основних експортерів вина в світі із загальним об'ємом експорту 1,4 мільйона гектолітрів у 2018 році[3].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження окремих питань правового регулювання виноградарства та виноробства знайшли відображення в наукових працях вітчизняних науковців, серед яких, зокрема: Х.А. Григор'єва, Т.О. Коваленко, С.І. Марченко, В.А. Поліщук, Я.О. Самсонова, М.В. Шульга, В.В. Янчук та ін. Проте в роботах даних вчених не приділяється належна увага висвітленню зарубіжного досвіду правового регулювання виноградарства та виноробства.

Джерельною базою для проведення дослідження стали нормативно-правові акти України та Молдови в сфері виноградарства та виноробства.

Формулювання мети статті. Враховуючи викладене, **метою** даної статті буде проведення порівняльного аналізу правового регулювання виноградарства та виробництва вина в Україні та Молдові, зокрема на прикладі Закону України «Про виноград та виноградне вино» від 16 травня 2005 р. (у редакції від 1 січня 2019 р.) та Закону Республіки Молдова «Про виноград та вино» від 10 березня 2006 р. (у редакції від 27 жовтня 2017 р.) та формулювання пропозицій, спрямованих на підвищення ефективності законодавства України в досліджуваній сфері.

© С.І. Марченко, Х.С. Петрина, 2019

[*] ***Svitlana Marchenko,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

[**] ***Khrystyna Petryna,*** *Master Student of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Виклад основного матеріалу. Відносини у сфері виноградарства та виноробства в Республіці Молдові стали предметом законодавчого регулювання вже в перші роки проголошення державної незалежності Молдови шляхом прийняття Закону «Про виноград та вино» від 2 червня 1994 р. № 132-XIII. Це було зумовлено пріоритетним значенням виноградно-виноробної галузі в національній економіці, необхідністю відновлення площ виноградників, які були знищені під час антиалкогольної кампанії 80-х років минулого століття, та модернізацією галузі виноробства, адже Молдова є аграрно-індустріальною країною, а сільське господарство належить до провідних галузей національної економіки, «його частка у ВВП становить майже 15 %, а разом з переробною промисловістю сільськогосподарської сировини – близько 30 % обсягу ВВП і приблизно половина від загального обсягу експорту»[4]. Наразі основним законодавчим актом, який регулює відносини у сфері виноградарства та виноробства в Молдові, є Закон Республіки Молдови «Про виноград та вино» від 10 березня 2006 року. Структурно зазначений Закон складається з дев'яти глав, які включають 37 статей, у тому числі Перехідні та заключні положення. Умовно за змістом можна виділити три частини: загальну, основну та заключну. Питання, які зазвичай включають до преамбули нормативно-правового акта, викладені в ст. 1 Закону (предмет, мета та сфера застосування закону). Також у загальній частині дається тлумачення основних понять, які використовуються в законі, та визначено виробників товарної виноградно-виноробної продукції. Основна частина регламентує правові, економічні та соціальні основи в галузі виноградарства та виноробства. У заключній частині врегульовано особливості набуття та втрати чинності нормативно-правовим актом.

Аналізуючи національне законодавство України у сфері виноградарства та виноробства, варто зазначити, що Закон України «Про виноград та виноградне вино» від 16 травня 2005 р. складається з Преамбули, п'яти розділів, які об'єднують 15 статей, у тому числі Прикінцеві положення. Правові питання виноградарства та виноробства врегульовано не пропорційно. Основна частина присвячена правовим питанням виноробства (ст. ст. 4–13 Закону), правовому регулюванню відносин безпосередньо у сфері виноградарства присвячено лише дві статті.

Аналіз законодавства України та Молдови у сфері виноградарства й виноробства показав, що в Законі Молдови влучно сформульовано його основну мету, яка об'єднує досягнення не лише правових та економічних результатів, а наголошує й на соціальних основах у сфері виноградарства та виноробства. Зокрема, метою Закону є: «a) захист економічних інтересів держави і суспільства в галузі виноградного розсадництва, виноградарства і виноробства; b) створення належних умов для виробництва товарного винограду, виноградного вина та іншої продукції на базі сусла і вина; c) прирівнювання до міжнародних вимог у виноградно-виноробної області; d) зміцнення образу Республіки Молдова як країни з виноградно-виноробними традиціями і збільшення експорту якісних вин; e) попередження і припинення фальсифікації виноградного вина і іншої продукції на базі сусла і вина; f) підвищення культури споживання вина» (ст. 1).

У Преамбулі Закону України «Про виноград та виноградне вино» не визначено мети, а лише зазначається, що Закон спрямований на посилення боротьби з фальсифікацією виноробної продукції в Україні.

Значна увага в законодавстві обох країн приділена понятійно-термінологічному апарату. Адже «термінологія, як один з засобів юридичної техніки, має чи не вирішальне значення при формулюванні текстів нормативно-правових актів. Вживані терміни економлять мову останніх, зручні для оперування на практиці, надають інформацію для спеціалістів, містять великий узагальнюючий запас знань»[5]. За кількісною ознакою Закон Молдови «Про виноград та вино» містить тлумачення 85 термінів, з них 18 – у сфері виноградарства, Закон України «Про виноград та виноградне вино» – 40 термінів, з них – лише дев'ять стосуються виноградарства. Переважна більшість термінів присвячена визначенню різних видів вин. Варто зазначити, що термінологія національного законодавства постійно удосконалюється. Початкова редакція Закону «Про виноград та виноградне вино» 2005 р. містила 33 терміни, змінами, внесеними Законом України № 3427 від 9 лютого 2006 р. 21 термін було викладено в новій редакції та доповнено ст. 7 термінами. У назві Закону Молдови «Про виноград та вино», на відміну від законодавства України, відсутнє словосполучення «виноградне вино», що варто підтримати, оскільки відповідно до законодавства ЄС вином може називатись лише напій, виготовлений з винограду. Водночас у змісті Закону «Про виноград та вино» активно вживається словосполучення «виноградне вино».

У Законі Республіки Молдова «Про виноград та вино» значна увага приділяється правовим питанням виноградного розсадництва та виноградарства. При цьому правове регулювання виноградарства здійснюється не лише з позиції сировинної бази для виноробства, як це має місце в законодавстві України. Так, регламентуються відносини у сфері виробництва, переробки та реалізації матеріалу для розмноження винограду і виноградного посадкового матеріалу, товарного винограду столових та технічних сортів. Зокрема, на законодавчому рівні визначені вимоги до виноградних господарств, які здійснюють виробництво та/або реалізацію матеріалу для розмноження винограду і виноградного посадкового матеріалу (ст. 9 зазначеного Закону), така діяльність підлягає ліцензуванню. Регламентується порядок закладки виноградних насаджень (ст. 10), строк експлуатації, порядок списання та викорчовування виноградних насаджень залежно від їх виду (ст. 12) тощо. В Україні зазначені питання частково є предметом регулювання Закону України «Про насіння та садивний матеріал», а також численних підзаконних нормативно-правових актів.

Особливістю правового регулювання виробництва вина в Республіці Молдова є те, що Законом Молдови «Про внесення змін до деяких законодавчих актів» № 34 від 17 березня 2017 р. до ряду законів Республіки Молдова було внесено зміни, якими вино було визнано продуктом харчування і виведено з-під сфери регулювання законодавства про алкогольні напої. Зокрема, ч. 1 ст. 2 Закону Республіки Молдова «Про виробниц-

тво і обіг етилового спирту і алкогольної продукції» № 1100/2000 було викладено в такій редакції: ««(1) Даний закон регулює відносини, що виникають в галузі виробництва і обігу етилового спирту і алкогольної продукції, за винятком вина, продукції, отриманої на основі сусла, і ароматизованої виноградно-виноробної продукції в значенні Закону про виноград і вино № 57/2006, і є обов'язковим для виконання всіма суб'єктами, що діють в цій галузі»[6].

Окрім того, Законом Молдови від 17 березня 2017 р. передбачено викладення п. 7 ч. 1 ст. 8 Закону «Про регулювання підприємницької діяльності шляхом ліцензування» № 451/2001[7], виключивши виробництво та/або зберігання, оптову реалізацію вина, продукції, отриманої на основі сусла, і ароматизованої виноградно-виноробної продукції з переліку видів діяльності, які підлягають ліцензуванню.

Отже, з аналізу зазначених норм законодавства Республіки Молдова можна дійти висновку, що в Молдові виробництво вина більше не підлягає ліцензуванню, так само з виробників і продавців вина знімаються обмеження щодо часу продажу вина та стосовно реклами, які застосовні до алкогольних напоїв, а також впроваджено інші сприятливі умови господарювання. Однак варто також звернути увагу на наявність певної колізії, зокрема, окремі статті Закону «Про виноград та вино» не приведені у відповідність до чинного законодавства та зазначають про необхідність наявності ліцензії для виробників виноградного вина та іншої продукції на базі сусла і вина. Згідно зі ст. 3 зазначеного Закону «… виробники виноградного вина та іншої продукції на базі сусла і вина є власниками відповідних ліцензій».

Щодо законодавчого регулювання виробництва вина в Україні, то відповідно до ст. 1 Закону «Про виноград та виноградне вино» вино належить до алкогольних напоїв, вироблених з винограду, а згідно з п. 7 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» виробництво і торгівля алкогольними напоями, безумовно, підлягають ліцензуванню.

Стосовно питання ліцензування варто звернути увагу на вимоги, що ставляться до виробників вина та самого процесу виробництва в Молдові. Відповідно до вже згадуваної ст. 3 Закону Молдови «Про виноград та вино» вони зводяться до такого: виробники товарної виноградно-виноробної продукції (як юридичні, так і фізичні особи) мають володіти, залежно від обставин, виноградними насадженнями площею понад 0,15 гектара, технічними і технологічними засобами для виробництва матеріалу для розмноження винограду і виноградного посадкового матеріалу, товарного винограду, виготовлення виноградного вина та іншої продукції на базі сусла і вина та бути власниками відповідних ліцензій. Відповідно до ч. 1 ст. 21 цитованого Закону «суб'єкти, які виробляють, зберігають, реалізують в роздріб вино, продукцію, отриману на основі сусла, продукцію, отриману на основі вина, виробляють і реалізують виноград, що використовується як сировина у виноробстві, повинні бути зареєстровані у Виноградно-виноробному реєстрі». Цікаво, що ч. 2-1 цієї ж статті встановлює факультативність технологічних документів при вирощуванні винограду та виробництві вина.

Щодо суб'єктів виноробства в Україні, то відповідно до ст. 4 Закону України «Про виноград та виноградне вино» виробництво виноробної продукції здійснюється суб'єктами підприємницької діяльності незалежно від форм власності за наявності в них ліцензії. Під час виробництва виноматеріалів та інших продуктів виноробства здійснюються органолептичний, хімічний і мікробіологічний контроль якості сировини і готової продукції та ведеться відповідна технологічна документація.

Підприємства, які займаються переробкою винограду, зобов'язані щорічно після завершення сезону виноробства, але не пізніше 1 грудня, надавати центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері статистики, інформацію за встановленою ним формою щодо обсягів переробки винограду, виробництва виноматеріалів у груповому асортименті, використання та залишків спирту.

На відміну від Молдови, в Україні відсутні факультативні документи щодо регулювання виробництва вина. Так, відповідно до ч. 1 ст. 5 Закону України «Про виноград та виноградне вино» вина і коньяки України виготовляються згідно з правилами виробництва і зберігання тихих вин, правилами виробництва і зберігання ігристих та шампанських вин, правилами виробництва коньяків України, відповідними стандартами і технологічними інструкціями, які затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної аграрної політики, політики у сфері сільського господарства. Для виготовлення вин і коньяків України застосовуються матеріали та речовини українського та/або неукраїнського походження без будь-яких обмежень щодо часток їх використання у виробництві, дозволені для використання нормативними документами та Головним державним санітарним лікарем України.

Значною перевагою молдавського законодавства у сфері виноробства є те, що воно вже адаптоване до вимог ЄС щодо охорони географічних зазначень, тоді як Закон України «Про виноград та виноградне вино» досі містить такі поняття, як коньяки України, шампанське України тощо.

У сфері відповідальності за порушення законодавства в галузі виноробства Закон України «Про виноград та виноградне вино», на нашу думку, є більш прогресивним за Закон Молдови «Про виноград та вино», в якому питанням відповідальності присвячено главу 8 – Санкції. Однак її положення мають декларативний характер та встановлюють лише види правопорушень і не визначають форму, вид та розмір відповідальності за їх вчинення.

Натомість ст. 15 Закону України «Про виноград та виноградне вино» містить детальне регулювання відповідальності за порушення вимог цього закону. Зокрема, визначено правопорушення, за які до суб'єктів підприємницької діяльності – юридичних осіб застосовуються фінансові санкції, їх розмір, правові наслідки застосування фінансових санкцій та порядок їх застосування.

Вартим уваги є інституційне забезпечення правового регулювання виноробства в Молдові. У 2010 р. в Молдові ліквідували Агентство вин, яке було урядовою структурою. Для ефективного управління галуззю створили Національне бюро винограду і вина. Це державно-приватне партнерство, перший такий досвід в Молдові. У загальну структуру організації входять представники асоціацій, виноробних регіонів, виробництв, професійних організацій винограду і вина, а також сомельє. Стратегічні рішення приймаються на координаційній раді з 12 осіб, дев'ять учасників якого – з приватного сектора, троє – з уряду.

Основні завдання Бюро – це реалізація державної політики в галузі виноробства, аналіз і створення інформаційних баз даних для того, щоб економічні агенти мали інформацію для правильного прийняття рішень на ринку, просування національного бренду «Вино Молдови – жива легенда», диверсифікації експорту, управління виробництвом вин із захищеним географічним зазначенням. Впровадження інноваційних технологій, підвищення кваліфікації, поширення інформації економічного, технологічного та законодавчого характеру – це основні завдання та місії. Фінансується діяльність Бюро з Фонду розвитку винограду і вина та держбюджету 50 % на 50 %[8].

Висновки. Отже, на нашу думку, запорукою успішного розвитку виноробства в Молдові є якісне інституційне забезпечення, приведення законодавства до вимог ЄС та СОТ, а також дерегуляція зазначеної діяльності, що підвищує її інвестиційну привабливість. Саме ці риси варто було б запозичити українському законодавцю при регулюванні відносин у сфері виноробства.

---

[1] Правове регулювання господарської діяльності в агропромисловому комплексі України : навч. посіб. / Коваленко Т.О., Марченко С.І. Київ : Юрінком Інтер, 2015. 296 с. С. 116.

[2] Белоус І.В. Стратегія розвитку виноградарства і виноробства України та передумови виходу їх продукції на світовий ринок. Одеса : ННЦ «Інститут виноградарства і виноробства ім. В.Є. Таїрова», 2014. 23 с.

[3] OIV Statistical Report on World Vitiviniculture (OIV, 2019).

[4] Україна на 8 місці у рейтингу найрозвинутіших аграрних країн. URL: https://agropolit.com/news/172-ukrayina-na-8-mistsi-u-reytingu-nayrozvinutishih-agrarnih-krayin

[5] Трихліб К.О. Термінологічні колізії в нормотворчій діяльності. *Теорія і практика правознавства* : електрон. наукометр. фах. вид. 2011. Т. 1. № 1. URL: http://tlaw.nlu.edu.ua/article/viewFile/62242/57832 (дата звернення: 13.12.2019).

[6] Про внесення змін до деяких законодавчих актів: Закон Республіки Молдова від 17.03.2017 р. № 34. *Monitorul Oficial*. № 109–118. Ст. 165. URL: http://lex.justice.md/ru/369742%20/

[7] Про регулювання підприємницької діяльності шляхом ліцензування: Закон Республіки Молдова від 30.07.2001 р. № 451. *Monitorul Oficial.* № 26–28. Ст. 95. URL: http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=313293&lang=2

[8] 10-летний путь Молдовы в реформировании виноградно-винодельческой отрасли: от упадка до вхождения в пятёрку крупнейших поставщиков вина в ЕС. *Напої. Технології та інновації. 2018.* URL: http://techdrinks.info/ru/news/10-letnyy-put-moldovyi-v-reformyrovanyy-vynohradno–vynodelcheskoy-otrasly-ot-upadka-do-vkhozhdenyya-v-pyatrku-krupneyshykh-postavshchykov-vyna-v-es

References:

Kovalenko, T.O., Marchenko, S.I. (2015). Pravove rehuliuvannia hospodarskoi diialnosti v ahropromyslovomu kompleksi Ukrainy : navch. posibnyk. K. : Yurinkom Inter [in Ukrainian].

Belous, I.V. (2014). Stratehiia rozvytku vynohradarstva i vynorobstva Ukrainy ta peredumovy vykhodu yikh produktsii na svitovyi rynok. Odesa : NNTs «Instytut vynohradarstva i vynorobstva im. V.Ye. Tairova» [in Ukrainian].

OIV Statistical Report on World Vitiviniculture (OIV, 2019).

Ukraina na 8 mistsi u reitynhu nairozvynutishykh ahrarnykh krain. URL: https://agropolit.com/news/172-ukrayina-na-8-mistsi-u-reytingu-nayrozvinutishih-agrarnih-krayin [in Ukrainian].

Trykhlib, K.O. (2011). Terminolohichni kolizii v normotvorchii diialnosti. *Teoriia i praktyka pravoznavstva :* elektron. naukometr. fakh. vyd. T. 1, 1. URL: http://tlaw.nlu.edu.ua/article/viewFile/62242/57832 [in Ukrainian].

Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv: Zakon Respubliky Moldova vid 17.03.2017 r. № 34 Monitorul Oficial № 109–118. St. 165. URL: http://lex.justice.md/ru/369742%20/ [in Russian].

Pro rehuliuvannia pidpryiemnytskoi diialnosti shliakhom litsenzuvannia: Zakon Respubliky Moldova vid 30.07.2001 r. № 451 Monitorul Oficial № 26-28 st. 95. URL: http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=313293&lang=2 [in Russian].

10-letniy put Moldovy v reformirovanii vinogradno-vinodelcheskoy otrasli: ot upadka do vkhozhdeniya v pyaterku krupneyshikh postavshchikov vina v ES. Napoii. Tekhnologii ta innovatsii. 2018. URL: http://techdrinks.info/ru/news/10-letnyy-put-moldovyi-v-reformyrovanyy-vynohradno–vynodelcheskoy-otrasly-ot-upadka-do-vkhozhdenyya-v-pyatrku-krupneyshykh-postavshchykov-vyna-v-es [in Russian].

Резюме

Марченко С.І., Петрина Х.С. **Порівняльний аналіз правового регулювання виноградарства та виноробства в Україні та Молдові.**

У статті представлено результат порівняльно-правового аналізу нормативного регулювання відносин у сфері виноградарства та виноробства України та Молдови на прикладі галузевого закону кожної із країн. Зокрема, було виявлено переваги та недоліки формування понятійного апарату в досліджуваних країнах, загальних підходів до регулювання відносин виноградарства та виноробства, наприклад, щодо ліцензування, обов'язковості та факультативності норм технічного регулювання, відповідальності за порушення у відповідній сфері, проведено порівняльний аналіз системи інституційно-функціонального забезпечення вирощування винограду та виробництва вина, а також деяких інших аспектів.

Ключові слова: виноградарство, виноробство, правове регулювання, порівняння, продукт харчування, відповідальність, ліцензування.

Резюме

Марченко С.И., Петрина К.С. **Сравнительный анализ правового регулирования виноградарства и виноделия в Украине и Молдове.**

В статье представлен результат сравнительно-правого анализа нормативного регулирования отношений в сфере виноградарства и виноделия Украины и Молдовы на примере отраслевого закона каждой из стран. В частности, было выявлено преимущества и недостатки формирования понятийного аппарата в исследуемых странах, общих подходов к регулированию отношений виноградарства и виноделия, например, касательно лицензирования, обязательности и факультативности норм технического регулирования, ответственности за нарушения в соответствующей сфере, проведен сравнительный анализ системы институционально-функционального обеспечения выращивания винограда и производства вина, а также некоторых других аспектов.

Ключевые слова: виноградарство, виноделие, правовое регулирование, сравнение, продукт питания, ответственность, лицензирование.

Summary

Svitlana Marchenko, Khrystyna Petryna. **Comparative analysis of legal regulation of vinityculture and winemaking in Ukraine and Moldova.**

The article presents the result of comparative analysis of the normative regulation of relations in the field of viticulture and winemaking in Ukraine and Moldova. The research is based on comparison of the Law of Ukraine "On Grapes and Grape Wine" and the Law of the Republic of Moldova "On Grapes and Wine".

The Law of the Republic of Moldova "On Grapes and Wine" consists of 9 chapters and 37 articles, including Transitional and Final Provisions. The main part of all articles regulates the legal, economic and social basis of viticulture and winemaking.

The Law of Ukraine "On Grapes and Grape Wine" consists of a Preamble, 5 chapters that combine 15 articles, including the Final Provisions. And the legal issues of viticulture and winemaking are regulated disproportionately, because legal regulation of viticulture is covered only in two articles.

In Moldova, the legal regulation of viticulture is carried out not only from the prospective of the raw material base for winemaking, as it is in Ukrainian legislation, but also regulates relations in the field of production, processing and sale of grape propagation and planting material, marketable grapes of table and technical varieties.

According to the recent changes, wine production is no longer subject to licensing in Moldova, as well as to other restrictions related to advertising, time limits for sale etc. However, this issue remains problematic, since not all laws in Moldova were amended in accordance with the said changes.

The Law of Moldova, is already adapted to EU requirements for the protection of geographical indications, while the Law of Ukraine "On Grapes and Grape Wine" still contains such terms as cognacs of Ukraine, champagne of Ukraine, etc.

The institutional support of the legal regulation of winemaking in Moldova is noteworthy. The main body in this field is the National Burau of Grapes and Wine based on the public private partnership.

The above advantages of legal regulation in the field of viticulture and winemaking should be adopted in Ukrainian legislation.

Key words: viticulture, winemaking, legal regulation, comparison, food, responsibility, licensing.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.50

УДК 342.9

В.Е. ЗАЛЄВСЬКИЙ

Владислав Едуардович Залєвський, *аспірант Харківського національного університету ім. В.Н. Каразіна*[*]

ORCID: 0000-0002-3440-9440

СФЕРА ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН ЯК СКЛАДОВА ПРЕДМЕТА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. Земельні відносини є одним із найбільших за обсягом масивів врегульованих нормами права суспільних відносин, до яких залучено абсолютну більшість як приватних, так і публічних суб'єктів права. Але завдяки розмаїттю таких суб'єктів та відмінностям у їх правовому статусі правове регулювання земельних відносин використовує методи, властиві як цивільному, так і адміністративному праву. Крім того, в межах земельного права наголошується на існуванні власного методу правового регулювання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням адміністративно-правового регулювання земельних відносин присвячено досить багато робіт, зокрема таких вчених, як Є.О. Гладкова, М.Р. Ковальський, В.В. Пахомов, М.В. Шульга, О.І. Невмержицький, Д.В. Бусуйок та інших. У відповідних роботах з позицій науки адміністративного права акцентується увага на тому, що значна частина відносин, які своїм предметом мають землю та пов'язані із землею явища, охоплюються саме адміністративним правом.

© В.Е. Залєвський, 2019

[*] ***Vladyslav Zalievskyi,*** *Postgraduate student of V.N. Karazin Kharkiv National University*

Формулювання мети статті. Мета даної статті полягає у спробі визначити межі кола відносин, пов'язаних із землею та пов'язаними із землею явищами, для яких властиве адміністративно-правове регулювання.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 2 Земельного кодексу України (далі – ЗКУ) земельні відносини – це суспільні відносини щодо володіння, користування і розпорядження землею. Цією ж статтею визначено два елементи цих відносин, а саме: суб'єктів та об'єкти. Суб'єктами земельних відносин є громадяни, юридичні особи, органи місцевого самоврядування та органи державної влади, а об'єктами – землі в межах території України, земельні ділянки та права на них, у тому числі на земельні частки (паї).

Як випливає із наведеного законодавчого визначення, об'єктами земельних відносин, які охоплюються терміном «земля», є землі в межах території України, земельні ділянки та права на них, у тому числі на земельні частки (паї). При цьому акцент у зазначених нормах ЗКУ робиться на цивільно-правовому аспекті правового регулювання через категорії, які утворюють добре відому тріаду правомочностей зі складу права власності, а саме володіння, користування та розпорядження певними об'єктами.

Разом із тим, як стверджує В.В. Носик, у юридичному значенні земля (як основне національне багатство) – це розташована над надрами в межах державних кордонів частина земної поверхні з родючим шаром ґрунту, який використовується для виробництва у сільському господарстві абсолютної і додаткової вартості, що має розподілятися між сільським господарством, промисловістю і державою через приватну і суспільну форми власності за об'єктивним природним законом прогресивного економічного розвитку суспільства, що забезпечує збереження і підвищення родючості ґрунту, відновлення людської праці і розширене відтворення капіталу з метою забезпечення потреб та інтересів кожного громадянина і всього Українського народу[1].

Слід зазначити, що питання правового регулювання земельних відносин досліджуються, головним чином, у межах трьох галузевих юридичних наук, а саме: земельного, цивільного та адміністративного права.

Предметом земельного права, на думку представників науки відповідної галузі права, вважаються земельні відносини. При цьому у доктрині земельного права переважає думка стосовно того, що земельними вважаються відносини, які пов'язані з використанням, охороною та відтворенням земель[2]. Сучасні дослідники в галузі земельного права стверджують, що земельні відносини як предмет правового регулювання: 1) виникають щодо землі як об'єкта правового регулювання, суб'єктами яких виступають, з одного боку, органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування, а з іншого – фізичні особи, юридичні особи, територіальні громади, які володіють, користуються та розпоряджаються земельною ділянкою на відповідній правовій підставі; 2) спрямовані на раціональне та ефективне використання землі усіма суб'єктами земельних правовідносин; 3) характеризуються поєднанням публічно-правових та приватноправових засад їх регулювання[3].

Такий підхід фактично узгоджує позиції щодо співвідношення предметів земельного, цивільного та адміністративного права в галузі земельних відносин. Тобто для відносин, що з доктринальних позицій утворюють предмет земельного права, може використовуватись і цивільно-правове, і адміністративно-правове регулювання.

Власне для земельного права характерним є те, що в основі виділення відносин, що утворюють його предмет, знаходиться земля як об'єкт чи предмет таких відносин. На відміну від цього, для адміністративного права характерно розглядати відносини, що утворюють його предмет, через особливості змісту та суб'єктний склад, безвідносно до їх об'єкта. Тобто для адміністративного права ключовим є наявність серед учасників відносин суб'єкта владних повноважень і щоб їх зміст був пов'язаним із реалізацією цих владних повноважень.

Відтак, ЗКУ визначає компетенцію значної кількості органів виконавчої влади у галузі земельних відносин, зокрема, Кабінету Міністрів України (ст. 13 ЗКУ), центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони навколишнього природного середовища (ст. 14 ЗКУ), центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони навколишнього природного середовища (ст. 14-1 ЗКУ), центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику із здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів (ст. 14-2 ЗКУ), центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері земельних відносин (ст. 15 ЗКУ), центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин (ст. 15-1 ЗКУ), центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері здійснення державного нагляду (контролю) в агропромисловому комплексі (ст. 15-2), Ради міністрів Автономної Республіки Крим (ст. 16 ЗКУ), місцевих державних адміністрацій (ст. 17 ЗКУ).

На підставі аналізу відповідних правових норм та наукових поглядів на зміст державного управління, в науці адміністративного права сформувалися й відповідні погляди на зміст державного управління у сфері земельних відносин. Як справедливо зазначає Є.О. Гладкова, земельні правовідносини, що виникають з приводу права власності на землі та землекористування, становлять матеріально-правову основу земельних відносин та виражають їх статику і динаміку. Це сукупність уже набутих (легалізованих) правомочностей щодо конкретних земельних ділянок. Разом із тим, враховуючи соціальну та природничу важливість земель як предмета земельних відносин, до їх урегулювання залучається й публічна адміністрація, що виконує функцію гаранта законності, володіє монополією на розпорядження земельними ресурсами, впливом на правопорушників[4].

На думку сучасних науковців, у тому числі й фахівців із земельного права, державне управління в галузі земельних відносин можна визначити як організаційно-правову діяльність уповноважених органів державної влади із використанням безпосереднього впливу, спрямовану на забезпечення раціонального використання, охорони та відтворення земель відповідно до вимог земельного законодавства України[5].

Різним аспектам державного управління у сфері земельних відносин присвячені праці Є.О. Гладкової, М.Р. Ковальського, В.В. Пахомова, М.В. Шульги, Т. Сидорченко та інших[6].

М.Р. Ковальський вважає, що зміст діяльності виконавчо-розпорядчих органів з управління земельними відносинами полягає в прогнозуванні і плануванні використання земельних ресурсів, установленні норм і порядку землекористування, розподілу і перерозподілу земель, оперативно-розпорядчої та контрольно-наглядової діяльності за використанням й охороною земель[7].

На думку В.В. Пахомова, адміністративно-правове регулювання сучасних земельних відносин має свої особливості. Адміністративно-правова організація використання й охорони земель в Україні містить у собі сукупність заходів щодо організації, упорядкування системи державного управління з метою надання регулюючого впливу на земельні правовідносини шляхом створення правових і економічних передумов для стійкого функціонування всіх форм власності в питаннях володіння, користування та розпорядження землею. Створення адекватної системи адміністративно-правового регулювання земельних відносин є надійним засобом забезпечення реалізації поставлених державою цілей і завдань у даній сфері, необхідною умовою досягнення загальної економічної та соціальної стабільності в державі[8].

М. Шульга пропонує відносити до основних функцій державного управління землями: моніторинг земель; планування використання земель; землеустрій, державний земельний кадастр, здійснення державної реєстрації прав на землю; нормування та стандартизація у сфері використання та охорони земель; державний контроль за використанням та охороною земель[9].

Т. Сидорченко, розглядаючи земельно-майновий комплекс як об'єкт адміністративно-правового управління, до найважливіших функцій державних уповноважених структур у даній сфері відносить такі, як:

– облікова, розподільна, виконавча, контрольна, дозвільна, регулююча та ін.;

– участь у державному нормативно-правовому забезпеченні обліку, використання, відновлення й охорони земель;

– розробка й організація виконання державних програм, пов'язаних з обліком і раціональним використанням земель;

– ведення державного земельного кадастру, державного кадастрового обліку земельних ділянок і пов'язаних з ним об'єктів нерухомого майна;

– організація землевпорядження;

– організація й проведення державної кадастрової оцінки земельних ресурсів;

– моніторинг земельних ресурсів;

– державний контроль за використанням і охороною земельних ресурсів[10].

Останнім часом науковці доволі часто звертають увагу й на проблеми надання адміністративних послуг у сфері земельних відносин. Так, наприклад, О.І. Невмержицький виділяє такі види адміністративних послуг, як консультативно-дорадчі послуги, проєктно-технічні послуги, контрольно-правові послуги та дозвільні послуги. На його думку, земельні консультативно-дорадчі послуги є результатом діяльності посадових осіб державних та муніципальних органів, що має за мету задоволення звернень фізичних та юридичних осіб щодо реалізації прав на землю, вирішення земельних спорів, отримання роз'яснень чинного земельного законодавства тощо. Земельні проєктно-технічні послуги – результат професійної діяльності суб'єктів господарювання (вони повинні володіти відповідними ліцензіями Державного агентства земельних ресурсів України), які виконують необхідні роботи з оцінювання земель та землеустрою, спрямовані на виготовлення технічної, проєктної та іншої документації. Земельні контрольно-правові послуги – це результат професійної діяльності посадових осіб органів у сфері контролю за використанням та охороною земель, спрямований на захист прав власників землі й землекористувачів та на відшкодування останнім заподіяної шкоди внаслідок порушень чинного земельного законодавства сторонніми особами. Земельні дозвільні послуги – це результат діяльності посадових осіб органів виконавчої влади, які забезпечують реалізацію державної політики у сфері регулювання земельних відносин та здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель (Державного агентства земельних ресурсів та Державної інспекції сільського господарства). Результатом діяльності є видача документів дозвільного характеру відповідно до Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності»[11]. Адміністративним послугам у сфері земельних відносин присвячені також праці Д.В. Бусуйок[12].

Не менш важливим, але менш дослідженим є питання про адміністративно-правову природу діяльності органів місцевого самоврядування щодо реалізації їх повноважень у сфері земельних відносин.

Так, наприклад, відповідно до ст. 12 ЗКУ, до повноважень сільських, селищних, міських рад у галузі земельних відносин на території сіл, селищ, міст належать:

а) розпорядження землями територіальних громад;

б) передача земельних ділянок комунальної власності у власність громадян та юридичних осіб відповідно до цього Кодексу;

в) надання земельних ділянок у користування із земель комунальної власності відповідно до цього Кодексу;

г) вилучення земельних ділянок із земель комунальної власності відповідно до цього Кодексу;

ґ) викуп земельних ділянок для суспільних потреб відповідних територіальних громад сіл, селищ, міст;

д) організація землеустрою;

е) координація діяльності місцевих органів земельних ресурсів;

є) здійснення контролю за використанням та охороною земель комунальної власності, додержанням земельного та екологічного законодавства;

ж) обмеження, тимчасова заборона (зупинення) використання земель громадянами і юридичними особами у разі порушення ними вимог земельного законодавства;

з) підготовка висновків щодо вилучення (викупу) та надання земельних ділянок відповідно до цього Кодексу;

и) встановлення та зміна меж районів у містах з районним поділом;

і) інформування населення щодо вилучення (викупу), надання земельних ділянок;

ї) внесення пропозицій до районної ради щодо встановлення і зміни меж сіл, селищ, міст;

й) вирішення земельних спорів;

к) вирішення інших питань у галузі земельних відносин відповідно до закону.

До повноважень виконавчих органів сільських, селищних, міських рад у галузі земельних відносин на території сіл, селищ, міст належать:

1) надання відомостей з Державного земельного кадастру відповідно до закону;

2) вирішення інших питань у галузі земельних відносин відповідно до закону.

Як видно із наведених норм, зміст повноважень органів місцевого самоврядування значною мірою схожий із повноваженнями органів виконавчої влади у сфері земельних відносин. Більш того, у рішенні Конституційного Суду України № 10-рп/2010 від 01 квітня 2010 р., зазначено, що відповідно до пп. а, б, в, г ст. 12 ЗК України до повноважень сільських, селищних, міських рад належать розпорядження землями територіальних громад, передача земельних ділянок комунальної власності у власність громадян і юридичних осіб, надання земельних ділянок у користування із земель комунальної власності, вилучення земельних ділянок із земель комунальної власності. Конституційний Суд України вважає, що зазначені повноваження охоплюються зазначеним у ст. 143 Конституції України поняттям «інші питання місцевого значення», а тому при їх здійсненні сільські, селищні, міські ради діють як суб'єкти владних повноважень, які реалізують розпорядчі й інші функції[13].

Значення цього рішення Конституційного Суду України полягає у тому, що реалізація органами місцевого самоврядування повноважень щодо розпорядження землями територіальних громад визнана владно-розпорядчою діяльністю, а відтак відповідні відносини є предметом адміністративного права.

Як справедливо зазначає А. Мельник, нині про здійснення територіальною громадою управління у сфері комунальної власності на землю в чинному законодавстві взагалі не йдеться. Управління здійснюють винятково органи місцевого самоврядування. Тож управління у сфері земельних відносин, яке здійснюють органи місцевого самоврядування, можна визначити як організаційно-правову діяльність цих органів із забезпечення раціональної та ефективної експлуатації земель усіма суб'єктами земельних відносин на відповідній території. Управлінням можна назвати повноваження виконавчих органів місцевих рад у сфері регулювання земельних відносин.

Своєю чергою, правове регулювання у сфері земельних відносин, яке здійснюють органи місцевого самоврядування, – це діяльність з прийняття рішення, що є обов'язковими для всіх суб'єктів, які перебувають на території відповідної територіальної громади, а також інших індивідуальних актів, які врегульовують конкретні земельні відносини. Як видно із визначення, регулювання розглядається як діяльність представницького органу з прийняття обов'язкових до виконання рішень, а власне виконання – як управління[14].

Аргументація на користь того, що сфера земельних відносин значною мірою охоплюється саме адміністративно-правовим регулюванням, підтверджується також результатами дисертаційних досліджень О.П. Світличного[15], О.С. Мирошніченко[16], Л.В. Мілімко[17] та інших.

У підсумку варто погодитись з Є.О. Гладковою, яка вважає, що адміністративно-правовими засобами здійснюється неринковий обіг земельних ділянок: безоплатна передача із земель державної і комунальної власності, приватизації земельних ділянок, які були раніше надані в користування, передача земельних ділянок у власність фізичних осіб із земель державної чи комунальної власності. З урахуванням цього є достатньо підстав вести мову про перетин орбіт земельно-правового регулювання та адміністративно-правового регулювання. При цьому саме від належного стану останнього значною мірою залежить ступінь задоволеності соціальних запитів у сфері користування земельними ресурсами, що зводить адміністративно-правове регулювання земельних відносин до рангу специфічного напряму адміністративно-правового регулювання. У його структурі, залежно від предмета регулювання, можливо, на нашу думку, виділити три блоки відносин: а) відносини публічного управління у сфері раціонального користування земельними ресурсами; б) відносини з надання публічних послуг у сфері раціонального користування земельними ресурсами; в) адміністративно-деліктні відносини, що випливають із порушень земельного законодавства[18].

Зазначена вище точка зору знаходить своє підтвердження і з позицій сучасних поглядів на предмет адміністративного права. Так, В.Б. Авер'янов зазначав, що адміністративне право слід визначити як сукупність (систему) правових норм, які регулюють суспільні відносини, що формуються в ході забезпечення органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування реалізації та захисту прав, свобод і закон-

них інтересів фізичних і юридичних осіб, а також у процесі державного й самоврядного управління у сферах соціально-економічного та адміністративно-політичного розвитку та охорони громадського порядку[19].

Чітка прив'язка відносин, що виникають у зв'язку з управлінням земельними ресурсами, державним регулюванням у сфері раціонального використання земель та їх охорони, забезпеченням державного контролю у цих сферах до владно-розпорядчої діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, обумовлює їх належність до предмета адміністративного права, а відтак – і до предмета адміністративно-правового регулювання. Як зазначають навіть фахівці в галузі земельного права, сьогодні держава використовує переважно адміністративний механізм впливу на суспільні відносини, тобто земельні правовідносини формуються та розвиваються під певним владним тиском[20].

До того ж, у згаданих відносинах чітко простежуються ознаки методу правового регулювання властиві саме адміністративному праву. Так, свого часу Д.М. Бахрах для описання методу адміністративного права запропонував схему, згідно з якою головні ознаки методу правового регулювання виявляються при відповіді на такі питання:

– яким є встановлюване юридичне положення сторін;

– з якими юридичними фактами пов'язується виникнення, зміна, припинення правовідносин;

– як визначаються права та обов'язки суб'єктів правовідносин;

– як вони захищаються[21].

У досліджуваних нами відносинах має місце юридична нерівність сторін, оскільки однією стороною завжди є або орган виконавчої влади або орган місцевого самоврядування; виникнення відносин пов'язано із волевиявленням хоча б однієї зі сторін, а права та обов'язки сторін чітко визначаються у відповідних нормативно-правових актах. Тобто в наявності всі ознаки методу адміністративного права. Що стосується останньої ознаки, то у сучасній Україні ця ознака значною мірою втратила своє значення, оскільки будь-які відносини є об'єктом насамперед судового захисту.

Як зазначають фахівці в галузі земельного права, вже зі ст. 2 ЗКУ ми бачимо недоліки законодавчого регулювання земельних відносин, починаючи із самого їх визначення. Так, законодавець визначає земельні відносини як суспільні відносини щодо володіння, користування і розпорядження землею, звузивши їх, по суті, до відносин власності на землю та не включивши до даного визначення ні відносин з охорони та відтворення земель, ні відносин із державного управління земельним фондом та застосування юридичної відповідальності[22].

З урахуванням того, що термін «земельні відносини» має нормативне визначення у ЗКУ та закладає до нього переважно цивільно-правовий зміст, вважаємо за доцільне при розгляді питань адміністративно-правового регулювання використовувати більш коректний, на нашу думку, термін «сфера земельних відносин». У словниковому розумінні термін «сфера» поряд з іншим означає межи поширення чого-небудь, область діяльності людини або суспільства, галузь, напрямок[23]. Під поняттям «сфера земельних відносин», вважаємо, слід розуміти сукупність відносин, яка, крім власне земельних, включає відносини, що виникають у зв'язку з реалізацією владних повноважень органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування і предметом цих відносин є земля, земельні ділянки, права на них, а також похідні від них предмети. Такими похідними предметами можуть бути, зокрема, документація із землеустрою, стан земель, земельний кадастр тощо.

Висновки. З урахуванням особливостей нормативного визначення змісту поняття «земельні відносини», з метою здійснення наукових досліджень більш коректним є використання терміна «адміністративно-правове регулювання у сфері земельних відносин» порівняно з терміном «адміністративно-правове регулювання земельних відносин». Під поняттям «сфера земельних відносин», на нашу думку, слід розуміти сукупність відносин, яка, крім власне земельних, включає відносини, що виникають у зв'язку з реалізацією владних повноважень органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування. Предметом цих відносин є земля, земельні ділянки, права на них, а також похідні від них предмети та об'єкти.

---

[1] Носік В.В. Право власності на землю українського народу : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 496.

[2] Сенюта Л.Б. Система земельного права України як галузі права : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.06 / Львівський національний університет ім. Івана Франка, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2019. С. 17.

[3] Там само.

[4] Гладкова Є.О Адміністративно-правове регулювання земельних відносин в Україні: стан та перспективи розвитку. *Європейські перспективи*. 2014. № 6. С. 75.

[5] Семчик В.І., Кулинич П.Ф., Шульга М.В. Земельне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. Київ: Вид. дім «Ін Юре», 2008. С. 287. 600 с.

[6] Ботезат О.П. Земельні ресурси як об'єкт державного управління. *Держава та регіони*. 2009. № 4. С. 20–23. (Серія: Державне управління); Третяк А., Кулініч В. Формування нової системи управління землями державної власності. *Землевпорядний вісник*. 2009. № 1. С. 20–25 ; Дрозд О. Ю. Норми адміністративного законодавства у сфері земельних відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2009. № 6. С. 88–91.

[7] Ковальський М.Р. Актуальні напрями удосконалення механізму державного регулювання земельних ресурсів. *Науковий вісник Акад. муніципального упр.* : збірник наук. праць. Сер. «Управління». 2011. Вип. 2. С. 236.

[8] Пахомов В.В. Адміністративно-правове регулювання земельних відносин в Україні: поняття, завдання та функції. *Форум права.* 2015. № 3. С. 171. URL: http://nbuv.gov.ua/jpdf/FP_index.htm_2015_3_31.pdf

[9] Правове регулювання екологічних, аграрних та земельних відносин в Україні: сучасний стан і напрями вдосконалення : монографія / Гетьман А.П.,. Шульга М.В., Статівка А.М. та ін. ; за ред. А.П. Гетьмана та В.Ю. Уркевича. Харків : Право, 2012. С. 361.

[10] Сидорченко Т.Ф. Земельно-майновий комплекс як об'єкт управління. *Економічні інновації :* зб. наук. пр. 2011. Вип. 44. С. 280.

[11] Невмержицький О.І. Надання адміністративних послуг у сфері земельних відносин в умовах реалізації сервісної функції держави. *Публічне адміністрування: теорія та практика.* 2017. Вип. 2(18). С. 7.

[12] Бусуйок Д.В. Поняття, зміст та види земельних адміністративних послуг. *Часопис Київського університету права.* 2009. № 3.

[13] Рішення Конституційного Суду України № 10-рп/2010 від 01.04.2010 року у справі за конституційним поданням Вищого адміністративного суду України щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 143 Конституції України, пунктів «а», «б», «в», «г» статті 12 Земельного кодексу України, пункту 1 частини першої статті 17 Кодексу адміністративного судочинства України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2010. № 3. С. 85.

[14] Мельник А. Поняття та сутність правового регулювання земельних відносин, яке здійснюється органами місцевого самоврядування. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2013. № 3. С. 89.

[15] Світличний О.П. Адміністративні правовідносини у сфері земельних ресурсів України : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Держ. НДІ М-ва внутр. справ України. Київ, 2012. 35 с.

[16] Мірошниченко О.С. Адміністративно-правові засоби охорони земельних відносин в Україні : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07 / Національний університет внутрішніх справ. Харків, 2005. 202 с.

[17] Мілімко Л.В. Адміністративна відповідальність за правопорушення у сфері земельних відносин : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.07 / Національний університет державної податкової служби. Ірпінь, 2009. 217 с.

[18] Гладкова Є.О Адміністративно-правове регулювання земельних відносин в Україні: стан та перспективи розвитку. *Європейські перспективи*. 2014. № 6. С. 75.

[19] Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. / ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). Київ: Юридична думка, 2004. Т. 1: Загальна частина. С. 73.

[20] Бондарчук Н. Правові фактори забезпечення реалізації земельних правовідносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 4. С. 106.

[21] Бахрах Д.Н. Административное право: учебник для вузов. Москва: Изд-во БЕК, 1999. С. 4–5.

[22] Бондарчук Н. Правові фактори забезпечення реалізації земельних правовідносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 4. С. 105.

[23] Сучасний тлумачний словник української мови: 65 000 слів / за заг. ред. В.В. Дубчинського. Харків: ВД «ШКОЛА», 2006. С. 843.

References:

Nosik, V.V. (2006). Ownership of land of the Ukrainian people. Kyiv [in Ukrainian].

Seniuta, L.B. (2019). The system of land law of Ukraine as a branch of law. Thesis for a Candidate of Law Degree in Specialty 12.00.06 – Land Law; agrarian law; environmental law; natural resource law. Lviv National University [in Ukrainian].

Hladkova, Ye.O. (2014). Administrative and Legal Regulation of Land Relations in Ukraine: Status and Prospects for Development. Yevropeiski perspektyvy, 6, S. 75 [in Ukrainian].

Semchyk, V.I., Kulynych P.F., & Shulha M.V. (2008). Land Law of Ukraine. Kyiv: Vyd. Dim «In Yure [in Ukrainian].

Botezat, O.P. (2009). Land resources as an object of public administration. Botezat O.P. State and regions. Tretiak A. Formation of a new state property land management system. Tretiak A., & Kulinich V. Land management newslette. Drozd O.Yu. Rules of administrative legislation in the field of land relations. Drozd O.Yu. Entrepreneurship, economy and law [in Ukrainian].

Kovalskyi, M.R. (2011). Actual directions of improvement of the mechanism of state regulation of land resources. Naukovyi visnyk Akad. munitsypalnoho upr. : zbirnyk nauk. prats. Ser. «Upravlinnia» [in Ukrainian].

Pakhomov, V.V. (2015). Administrative-legal regulation of land relations in Ukraine: concepts, tasks and functions. Forum prava. 3, 171. Retrieved from: http://nbuv.gov.ua/jpdf/ FP_index.htm_2015_3_31.pdf [in Ukrainian].

Hetman, A.P., Shulha, M.V., Stativka, A.M. (2012). Legal regulation of ecological, agrarian and land relations in Ukraine: current state and directions of improvement. Kharkiv [in Ukrainian].

Sydorchenko, T.F. (2011). Land complex as a management object. Ekonomichni innovatsii : zb. nauk. pr., 44, 280 [in Ukrainian].

Nevmerzhytskyi, O.I. (2017). Provision of administrative services in the field of land relations in the conditions of realization of the service function of the state. Nevmerzhytskyi O.I. *Public administration: theory and practice.* 2 (18), 7 [in Ukrainian].

Busuiok, D.V. (2009). The concept, content and types of land administrative services. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava,* 3 [in Ukrainian].

Judgment of the Constitutional Court of # 10-rp/2010 (2010.April.01) roku u spravi za konstytutsiinym podanniam Vyshchoho administratyvnoho sudu Ukrainy shchodo ofitsiinoho tlumachennia polozhen chastyny pershoi statti 143 Konstytutsii Ukrainy, punktiv «a», «b», «v», «h» statti 12 Zemelnoho kodeksu Ukrainy,punktu 1 chastyny pershoi statti 17 Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrainy. *Visnyk Konstytutsiinoho sudu Ukrainy*. 2010. 3, 85 [in Ukrainian].

Melnyk, A. (2013). The concept and essence of legal regulation of land relations, which is carried out by local governments. *The theory and practice of intellectual property*. 3, 89 [in Ukrainian].

Svitlychnyi, O.P. (2012). Administrative legal relations in the field of land resources of Ukraine. Kyiv: NDI M-va vnutr. sprav Ukrainy [in Ukrainian].

Miroshnychenko, O.S. (2005). Administrative and legal means of protection of land relations in Ukraine. Kharkiv: Natsionalnyi universytet vnutrishnikh sprav [in Ukrainian].

Milimko, L.V. (2009). Administrative responsibility for offenses in the field of land relations. Irpin: Natsionalnyi universytet derzhavnoi podatkovoi sluzhby [in Ukrainian].

Hladkova, Ye.O. (2014). Administrative and Legal Regulation of Land Relations in Ukraine: Status and Prospects for Development. *Yevropeiski perspektyvy,* 6, 75 [in Ukrainian].

Administrative law of Ukraine (2004). Akademichnyi kurs: Pidruchnyk: U 2 t.: T. 1: Zahalna chastyna / Red. kolehiia: V.B. Averianov (holova). K.: Yurydychna dumka [in Ukrainian].

Bakhrakh, D.N. (1999). Administrative law: Textbook for universities. M.: BEK [in Russian].

Bondarchuk, N. (2019). Legal factors for ensuring the implementation of land legal relations. *Pidpryiemnytstvo, hospodarstvo i pravo,* 4, 105, 106 [in Ukrainian].

Dubchynskoho, V.V. (2006). Modern Ukrainian Dictionary of Interpretation. Kharkiv: «ShKOLA», 843 [in Ukrainian].

Резюме

Залєвський В.Е. **Сфера земельних відносин як складова предмета адміністративно-правового регулювання.**

У статті пропонується авторський підхід до визначення кола відносин, пов'язаних із землею та пов'язаними із землею явищами, для яких властиве адміністративно-правове регулювання. Як основний критерій відокремлення таких відносин пропонується наявність у структурі відносин суб'єкта владних повноважень та виконання ним відповідних функцій. Обгрунтовується доцільність використання терміна «сфера земельних відносин», як відносин, що виникають у зв'язку з реалізацією владних повноважень органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування і предметом цих відносин є земля, земельні ділянки, права на них, а також похідні від них предмети та об'єкти.

Ключові слова: земельні відносини, сфера земельних відносин, метод адміністративного права, адміністративно-правове регулювання.

Резюме

Залевский В.Э. **Сфера земельных отношений как составляющая предмета административно-правового регулирования.**

В статье предлагается авторский подход к определению круга отношений, связанных с землей и связанными с землей явлениями, для которых свойственно административно-правовое регулирование. В качестве основного критерия отделения таких отношений предлагается наличие в структуре отношений субъекта властных полномочий и выполнения им соответствующих функций. Обосновывается целесообразность использования термина «сфера земельных отношений», как отношений, возникающих в связи с реализацией властных полномочий органами исполнительной власти и органами местного самоуправления и предметом этих отношений являются земля, земельные участки, права на них, а также производные от них предметы и объекты.

Ключевые слова: земельные отношения, сфера земельных отношений, метод административного права, административно-правовое регулирование.

Summary

Vladyslav Zalievskyi**. The sphere of land relations as a component of administrative and legal regulation subject.**

The author's approach to defining the range of land-related and ground-related phenomena based on administrative law is proposed in the article. The availability of subject authority power relations in the structure and the fulfillment of relevant functions is the main criterion for the separation of such relations. The expediency of using the term "sphere of land relations" as those arising in connection with the exercise of power by the executive authorities and bodies of local self-government is validated and the subject of the relations is land, ground area, rights to them, as well as objects and subjects derived from them.

Land relations are one of the largest in volume masses regulated by the norms of public relations law where an absolute majority of both private and public entities are involved. However, due to the diversity of such entities and differences in their legal status, the legal regulation of land relations uses the methods inherent in both civil and administrative law. In addition, in terms of the land law the existence of its own legal regulation method is emphasized.

A great deal of research has been devoted to the issues of administrative and legal regulation of land relations, in particular by such scientists as E. Gladkova, M. Kovalsky, V. Pakhomov, M. Shulga, O. Nevmerzhitsky, D. Busuyok and others. Relevant papers from the administrative law point of view emphasize that a great part of the relations which have the subject of land and the phenomena connected with the ground are covered by the subject of administrative law.

The aim of this article is to determine the range boundaries of land-related and ground-related phenomena that are regulated by administrative law.

Taking into account the normative definition peculiarities of the "land relations" concept content in order to make scientific research, it is more correct to use the term "administrative and legal regulation in the field of land relations" in comparison with the term "administrative and legal regulation of land relations". The term "sphere of land relations", in our opinion, should be understood as a set of relations, which in addition to land includes relations arising in connection with the exercise of power by executive authorities and local governments and the subject of these relations is land, ground area, rights to them, and subjects and objects derived from them.

Key words: land relations, sphere of land relations, method of administrative law, administrative and legal regulation. Administrative and Legal Regulation of Land Relations in Ukraine: Status and Prospects for Development

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.51
УДК 349.42

Р.Д. ШИБКО

Роман Дмитрович Шибко, *аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]
ORCID: 0000-0001-7152-0108

ВИРОБНИЦТВО СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ СИРОВИНИ ДЛЯ ДИТЯЧОГО ХАРЧУВАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. Виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування є стратегічно важливим напрямом товарного сільськогосподарського виробництва. Виробництво якісної та безпечної сировини рослинного та тваринного походження покликане забезпечити щоденні потреби дитини у продуктах харчування на різних етапах її розвитку. Забезпечення дитини якісними та безпечними продуктами харчування гарантує їй нормальний розвиток організму, зокрема імунної системи, що дасть змогу адекватно реагувати на сучасні небезпечні чинники навколишнього середовища.

Стан наукового дослідження проблеми. В аграрно-правій науці України досліджуються окремі аспекти правового регулювання виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування. Так, особливості правового забезпечення виробничо-господарської діяльності, окремим напрямком якої є виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування, досліджували такі вчені, як А.Г. Бобкова, В.М. Єрмоленко, В.П. Жушман, Т.О. Коваленко, С.І. Марченко, А.М. Статівка та інші науковці. Правові проблеми виробництва якісної та безпечної сільськогосподарської продукції, що є важливим для забезпечення якісними продуктами харчування дітей, аналізували у своїх працях С.І. Бугера, В.М. Єрмоленко, В.С. Кайдашов, Т.О. Коваленко, Т.Г. Ковальчук, Т.М. Курман, С.М. Романко, А.М. Статівка, О.М. Туєва, В.С. Шелестов, В.З. Янчук та інші вчені.

Водночас у науці аграрного права України відсутнє комплексне, спеціальне дослідження, яке було б присвячено проблемам правового регулювання виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування. Адже діти у період від народження до трьох років є надзвичайно вразливою соціальною групою, що зумовлює специфіку у виробництві продуктів харчування, які вони вживають. Відсутність спеціального наукового дослідження сучасного стану та перспектив розвитку правового регулювання виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування зумовлюють необхідність проведення ґрунтовного дослідження відповідної проблематики.

Метою даної статті є дослідження особливостей виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування як об'єкта правового регулювання, формування висновків та пропозицій щодо потреби у спеціальному правовому регулюванні такого різновиду виробничо-господарської діяльності суб'єктів агробізнесу та меж такого регулювання.

Виклад основного матеріалу. Виробництво сировини для дитячого харчування за своєю природою є різновидом виробничо-господарської діяльності суб'єктів аграрного підприємництва. У науці аграрного права С.І. Марченко визначає виробничо-господарську діяльність суб'єктів аграрного підприємництва як врегульовану нормами права сукупність суспільних відносин, що виникають в процесі виробництва, переробки та реалізації сільськогосподарської продукції та сировини і спрямовані на отримання господарської вигоди (економічно значимого результату)[1]. Через категорію суспільних відносин визначає виробничо-господарську діяльність аграрних товаровиробників також Т.В. Курман, на думку якої така діяльність є врегульованими нормами аграрного права суспільними відносинами, спрямованими на самостійне та систематичне виробництво сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження (продуктів харчування, продовольства й сировини промислового призначення), її перероблення, зберігання та реалізацію, а також виробництво інших матеріальних цінностей у підсобних виробництвах і промислах з метою одержання прибутку[2].

Відповідно до правил формальної логіки будь-яке поняття – це сукупність його основних ознаки. Тому, проаналізувавши зазначені вище підходи, можна виділити наступні основні ознаки виробничо-господарської діяльності як об'єкта аграрно-правового регулювання:

1) така діяльність являє собою сукупність суспільних відносин, які регулюються аграрним, господарським, цивільним, земельним, екологічним правом;

2) відповідні відносини виникають у специфічній сфері суспільної діяльності, що стосується процесу виробництва, переробки та реалізації сільськогосподарської продукції;

3) виробничо-господарська діяльність спрямована на отримання господарської вигоди шляхом виробництва та/або переробки і продажу товарної сільськогосподарської продукції;

© Р.Д. Шибко, 2019

[*] ***Roman Shybko,*** *Postgraduate student of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

4) виробничо-господарська діяльність здійснюється аграрними товаровиробниками, які мають особливу аграрну правосуб'єктність (фермерськими господарствами, сільськогосподарськими кооперативами, особами, які ведуть особисте селянське господарство, тощо);

5) така діяльність здійснюється самостійно і систематично та на власний ризик, який зумовлюється насамперед сезонністю аграрного виробництва та його залежністю від погодно-кліматичних умов.

Оскільки виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування є різновидом виробничо-господарської діяльності аграрних товаровиробників, йому притаманні всі зазначені вище загальні ознаки товарного сільськогосподарського виробництва.

Водночас виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування є особливим об'єктом правового регулювання та має низку специфічних ознак, що виокремлює його серед інших видів сільськогосподарського виробництва.

По-перше, *до особливих ознак виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування слід віднести те, що таке виробництво є однією із гарантій продовольчої безпеки України*. Продовольча безпека за своєю суттю є складовою економічної безпеки держави. Забезпечення економічної безпеки, відповідно до ст. 17 Конституції України, є однією з найважливіших функції держави та справою всього народу. Щодо безпеки людини, то ст. 3 Основного Закону визнає людину, її життя та здоров'я, честь та гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю. З аналізу наведених приписів можна зробити висновок, що гарантування продовольчої безпеки та безпеки людини є одним із найважливіших напрямів функціонування держави, який неодмінно має ефективно врегульовуватися відповідними нормами права.

В аграрно-правовій науці продовольчу безпеку розуміють як складову національної безпеки держави, що передбачає захищеність життєвих інтересів людини, яка виражається в гарантуванні державою на принципах самозабезпечення безперешкодного фізичного та економічного доступу людини до продуктів харчування у кількості, асортименті, встановленого рівня якості та безпеки, необхідних для підтримання її здоров'я та звичайної життєвої діяльності[3]. Слід наголосити на тому, що Україна має особливі природно-кліматичні умови, зокрема, це значний відсоток чорноземів у складі земель сільськогосподарського призначення та сприятливі погодно-кліматичні умови. Зважаючи на це, наша держава має всі можливості забезпечувати себе більшістю необхідних продуктів харчування, що може істотно зменшити її політичну та економічну залежність на міжнародній арені.

Забезпечення виробництва доступної, якісної та різноманітної сільськогосподарської сировини є першоосновою для подальшого виготовлення продукції дитячого харчування. У свою чергу, дитяче харчування покликане підтримувати здоров'я та нормальну життєдіяльність дитини віком від народження до трьох років, оскільки така категорія дітей фізично не здатна вживати ті продукти харчування, які вживає доросла людина. Відповідно, без виробництва на належному рівні сільськогосподарської сировини для дитячого харчування неможливо досягти як продовольчої безпеки в цілому, так і забезпечити реалізацію принципу самозабезпечення як основної гарантії продовольчої безпеки держави.

По-друге, істотною *особливістю виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування є специфічний споживач такої продукції – дитина.* У межах цього дослідження дитиною є особа віком від народження до трьох років, тобто особа, яка ще фізично не здатна вживати повсякденні продукти харчування. Так, Закон України «Про дитяче харчування» від 14 вересня 2006 р. розрізняє дітей грудного віку та дітей раннього віку. Відповідно до ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону діти грудного віку – це діти віком від народження до одного року, а діти раннього віку – це діти віком від одного до трьох років. Слід зазначити, що такий підхід запозичений із міжнародного досвіду, зокрема Директивою Європейської Комісії 91/321/ЕЕС від 14 травня 1991 р. визначені аналогічні групи дітей.

Неможливо переоцінити значення раціонального харчування для організму, який формується і адаптується до сучасних умов життя, особливо в період до трьох років. Велика кількість науковців у різних галузях медицини присвятила свої праці питанням впливу харчування на адекватний розвиток дитячого організму. Так, В.Д. Чеботарьова та В.Г. Майданник зазначають, що нормальний ріст і розвиток дитини, стан її здоров'я, рівень захисних сил визначаються передусім правильно збалансованим раціоном харчування, під яким розуміють забезпечення організму харчовими речовинами в достатній кількості і певної якості. Це положення дістало назву концепції збалансованого харчування. Воно передбачає визначення абсолютної кількості кожного харчового фактора та їх співвідношення між собою з урахуванням фізіологічної зрілості і особливостей метаболічного статусу дитини відповідного віку[4]. Така концепція передбачає насамперед те, що продукти харчування, які споживає дитина, мають компенсувати щоденні витрати енергії на нормальне функціонування її організму та його адекватний розвиток.

Кожному віку властиві свої особливості харчування. Основні відмінності та варіації відбуваються у щоденній потребі в білках, вуглеводах, жирах, вітамінах, мінеральних речовинах та воді. Причому визначальними є не тільки кількісні, а й якісні показники. Варто звернути увагу і на негативні наслідки потрапляння в організм дитини недостатньої кількості відповідних біологічних речовин. Зокрема, такі автори, як В.І. Антонік, І.П. Антонік та В.Є. Андріанов доходять закономірного висновку, що якщо їжа недостатньо компенсує витрати, то організм починає жити за рахунок власних запасів, а також за рахунок речовин власних клітин та органів[5].

По-третє, *до особливостей виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування слід віднести те, що таке виробництво покликане забезпечити і гарантувати право дитини на достатнє хар-*

чування. На думку В.В. Мацокіна, коли особа не має можливості забезпечити собі елементарні умови існування, коли якість її харчування не забезпечує простого відтворення сил і вона не має будь-якого житла і одягу, тоді усі інші права втрачають своє соціальне значення[6]. Цілком підтримуємо такий підхід, особливо коли це стосується маленької дитини, тоді всі інші права втрачають свою соціальну цінність також для осіб, які піклуються про таку дитину. Особливістю права дитини на достатній життєвий рівень є те, що вона сама не здатна забезпечити собі умови для реалізації такого права. Тому обов'язок забезпечувати дитину достатнім харчуванням, одягом і житлом покладено законодавством на батьків або осіб, які про дитину піклуються.

Право на достатнє харчування входить до складу права дитини на достатній життєвий рівень. За своєю суттю воно є природним правом і закріплено безпосередньо у ст. 8 Закону України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 року. Необхідно також зазначити, що Україна є учасницею Конвенції ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р., яка на міжнародному рівні закріпила право дитини на достатнє харчування. Діти від народження і до трьох років становлять уразливу вікову групу, яка потребує додаткової уваги і турботи, в тому числі у сфері харчування. Спеціальний раціон повинен бути не тільки якісним і безпечним, а й збалансованим за медичними показниками.

Безумовно, сам факт виробництва сільськогосподарської сировини з подальшою переробкою у готовий продукт дитячого харчування не може гарантувати права дитини на достатнє харчування. Такий продукт повинен бути доступним для осіб, відповідальних за створення умов для всебічного розвитку дитини. Крім того, вітчизняне дитяче харчування повинно бути конкурентоспроможним порівняно з імпортними продуктами на внутрішньому ринку. Базовою умовою для досягнення поставлених цілей має стати насамперед ефективне правове регулювання виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування, а також забезпечення його якості й безпечності.

По-четверте, *особливістю виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування є відсутність єдиних законодавчих вимог до виробника такої сировини.* Виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування має комплексний характер, включає в себе виробництво сільськогосподарської продукції як рослинного, так і тваринного походження. Тому на суб'єктів аграрного підприємництва поширюються вимоги аграрного законодавства щодо набуття спеціального правового статусу чи виконання спеціальних умов для ведення рослинництва чи тваринництва.

Основною сільськогосподарською сировиною для дитячого харчування в розумінні нашого дослідження є молоко корови. Закон України «Про молоко та молочні продукти» від 24 червня 2004 р. визначає виробника молока та молочної сировини як юридичну особу, незалежно від форми власності, а також фізичну особу – суб'єкт підприємницької діяльності, особисте селянське господарство, фізичну особу, яка утримує корів, овець, кіз, буйволиць, кобил та виробляє молоко і молочну сировину. Усі перелічені суб'єкти виробництва молока, як сировини для дитячого харчування, мають дотримуватися «Вимог до безпечності та якості молока і молочних продуктів», які затверджені наказом Міністерства аграрної політики і продовольства України від 12 березня 2019 р. № 118.

Водночас жодних спеціальних приписів щодо виробництва молока саме як сировини для дитячого харчування згаданий вище закон не містить. Молоко корови природно розраховано на теля, а не людську дитину. Основною відмінністю молока корови від грудного є вміст різної кількості основних білків: казеїну та сироваткових білків. У молоці корови казеїну втричі більше ніж у грудному молоці, що може спровокувати небажані алергічні реакції дитини та інші наслідки. Крім цього, навіть Закон України «Про дитяче харчування», який фактично є єдиним спеціалізованим нормативно-правовим актом, спрямованим на правове регулювання виробництва сировини для дитячого харчування та дитячого харчування взагалі, не визначає особливостей правового регулювання виробництва молока, яке є основною сільськогосподарською сировиною для дитячого харчування. Водночас неврегульованість відповідного питання дає змогу виробникам молока та молочної продуктів робити написи на своїй продукції про можливість вживання молока дітям від шести місяців, що в свою чергу може негативно вплинути на розвиток дитячого організму.

По-п'яте, *серед особливостей виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування як об'єкта правового регулювання слід виділити те, що основним обов'язком виробників такої сировини є дотримання спеціальних вимог законодавства у сфері забезпечення якості та безпечності сільськогосподарської продукції*. Необхідно зазначити, що в даний час єдиного, комплексного нормативно-правового акта, який би регулював суспільні відносини у сфері забезпечення якості та безпечності харчової продукції в Україні, немає. Натомість існує велика кількість базових законів, які спрямовані на регулювання окремих аспектів якості та безпечності сільськогосподарської продукції. Серед них центральне місце займає Закон України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» у редакції від 04 квітня 2018 р., який регулює відносини між органами виконавчої влади, операторами ринку харчових продуктів та споживачами харчових продуктів і визначає порядок забезпечення безпечності та окремих показників якості харчових продуктів, що виробляються, перебувають у обігу, ввозяться (пересилаються) на митну територію України та/або вивозяться (пересилаються) з неї. Він містить загальні норми про безпечність та окремі показники якості харчової продукції, проте досить фрагментарно врегульовує відносини стосовно забезпечення якості та безпечності сільськогосподарської сировини. Основні вимоги щодо забезпечення якості і безпечності сировини для дитячого харчування містяться також у Законах України «Про дитяче харчування», «Про захист рослин» від 14 жовтня 1998 р., «Про ветеринарну медицину» в редакції від 04 жовтня 2018 р., «Про молоко та молочну продукцію», «Про державну систему біобезпеки при створенні,

випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» від 31 травня 2007 р., «Про пестициди та агрохімікати» від 02 березня 1995 р. та інших законах і підзаконних нормативно-правових актах. У більшості випадків вказані закони містять відсильні норми щодо вимог для виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування. Наприклад, у ст. 4 Закону України «Про молоко та молочні продукти» передбачено, що молоко, молочна сировина та молочні продукти, що виробляються в Україні та ввозяться на митну територію нашої країни, повинні відповідати показникам безпечності та якості для харчових продуктів, встановлених законодавством України.

Спеціальні вимоги щодо виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування встановлені приписами ст. 8 Закону України «Про дитяче харчування», а саме: 1) сировина для дитячого харчування виробляється переважно у спеціальних сировинних зонах; 2) сировина, що використовується для виробництва дитячого харчування, не може бути вироблена з генетично модифікованих організмів та/або містити генетично модифіковані організми; 3) сировина, яка призначена для виробництва дитячого харчування, повинна відповідати обов'язковим параметрам безпечності та мінімальним специфікаціям якості, затвердженим центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я; 4) забороняється використання сільськогосподарської сировини, що містить гормональні препарати, антибіотики, залишки важких пестицидів, радіонуклідів та інших небезпечних речовин, наявність яких не допускається державними санітарними нормами або вміст яких перевищує максимально допустимі рівні залишків у дитячому харчуванні.

У межах цієї проблематики необхідно зазначити про вимоги, які законодавство встановлює для органічних продуктів харчування, оскільки вони мають буди вироблені з органічної сільськогосподарської сировини. Світові бренди дитячого харчування дедалі більше виготовляють органічне дитяче харчування. Серед них «Hipp» (Німеччина), «Gerber Organics» (США) та інші. Основними перевагами органічної продукції порівняно з неорганічною є саме процеси виробництва сільськогосподарської сировини. Наприклад, приписи ст. 14 Закону України «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції» від 10 липня 2018 р. встановлюють заборони на застосування у процесі органічного виробництва: будь-яких генетично модифікованих організмів (крім застосування ветеринарних лікарських засобів, внесених по Переліку речовин, що дозволяються в органічному виробництві); синтетичних речовин, в тому числі пестицидів та агрохімікатів, антибіотиків та гормональних препаратів, стимуляторів росту та підкорму тварин; іонізуючого випромінювання; гідропонних методів; штучно виведених поліплоїдних рослин і тварин; речовин і технологічних методів виробництва, результати застосування яких можуть ввести споживача в оману щодо природи продукту.

На нашу думку, при виробництві сільськогосподарської сировини для дитячого харчування апріорі не повинні застосовуватися перелічені вище речовини, методи та способи. Потрапляння в організм дитини, особливо віком від народження до трьох років, настільки шкідливих речовин може спровокувати загрозу для здоров'я і навіть життя ще не сформованого організму.

По-шосте, *особливістю виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування є те, що така сировина переважно виробляється в спеціальних сировинних зонах.* У ст. 8 Закону України «Про дитяче харчування» передбачено, що у виробництві дитячого харчування застосовується сировина, яка виробляється переважно у спеціальних сировинних зонах. Поняття «спеціальні сировинні зони» визначається згаданим вище законом як регіони або окремі господарства, що відповідають умовам виробництва продукції рослинництва та тваринництва, придатної для виготовлення дитячого й дієтичного харчування.

Особливості спеціальних сировинних зон визначаються Порядком надання статусу спеціальної сировинної зони з виробництва сировини, що використовується для виготовлення продуктів дитячого та дієтичного харчування, що затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 03 жовтня 2007 р. № 1195. Серед іншого, зазначений Порядок містить перелік загальних вимог, яким має відповідати місцевість для набуття правового режиму спеціальної сировинної зони. Такий перелік є вичерпним і передбачає, що спеціальна сировинна зона повинна, зокрема: а) розташовуватися на угіддях, що належать до земель сільськогосподарського призначення; б) бути нормативно обґрунтовано віддаленою від промислових та інших підприємств, які можуть забруднювати навколишнє природне середовище; в) мати високих рівень родючості ґрунтів; г) забезпечувати виробництво сільськогосподарської сировини, яка має відповідати санітарно-гігієнічним вимогам до дитячого та дієтичного харчування, обов'язковим параметрам безпечності та мінімальним специфікаціям якості.

Водночас варто звернути увагу, що у ст. 8 Закону України «Про дитяче харчування» використовується формулювання «переважно у спеціальних сировинних зонах». Тобто сільськогосподарська сировина для виробництва дитячого харчування може, але не повинна вироблятись у спеціальних сировинних зонах. Таке законодавче формулювання не імперативного, а диспозитивного характеру перетворює приписи ст. 8 Закону України «Про дитяче харчування» на декларативні. На практиці спеціальні сировинні зони майже перестали функціонувати, оскільки сільськогосподарські виробники сировини для дитячого харчування в таких зонах фактично не отримують жодних переваг порівняно з іншими товаровиробниками, а вимоги до спеціальних сировинних зон є значно суворішими. Так, відповідно до реєстру спеціальних сировинних зон станом на 29 липня 2019 р. їх налічується лише дев'ять[7].

По-сьоме, *особливістю виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування є те, що воно поєднує в собі ознаки рослинництва і тваринництва.* Такий висновок, зокрема, можна зробити із визна-

чення поняття «сировина», що міститься в Законі України «Про дитяче харчування». Згідно із цим законом сировина – це сировина рослинного та/або тваринного походження, що використовується у виробництві дитячого харчування.

У теорії аграрного права виділяють такі ознаки рослинництва: є галуззю сільськогосподарського виробництва; є діяльністю, пов'язаною із землею сільськогосподарського призначення як основним засобом виробництва; є діяльністю з вирощування культивованих сільськогосподарських рослин; є діяльністю, що пов'язана із засвоюванням посівного матеріалу, спеціальної праці та засобів виробництва; її метою є одержання продуктів харчування для людини, продукції для кормів сільськогосподарських тварин і сировини для переробної промисловості[8]. В основному у виробництві дитячого харчування використовуються фрукти та злакові культури: пшениця, просо, жито, ячмінь, овес, рис тощо.

В аграрно-правовій науці тваринництво визначають як галузь сільського господарства, пов'язану з діяльністю з утримання і розведення сільськогосподарських тварин для одержання продуктів харчування і сировини для промисловості[9]. Основною сільськогосподарською сировиною тваринного походження для виробництва дитячого харчування є молоко корови та м'ясо індички й курки.

Таким чином, виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування є різновидом виробничо-господарської діяльності, який потребує спеціального правового регулювання, адже виробництво в достатній кількості якісної та безпечної сільськогосподарської сировини є однією з основних гарантій права дитини на достатнє харчування. Чинний Закон України «Про дитяче харчування» не спроможний повною мірою гарантувати виробництво якісної та безпечної сільськогосподарської сировини для дитячого харчування, що зумовлює необхідність його істотного оновлення.

Висновки. Отже, виробництву сільськогосподарської сировини для дитячого харчування притаманні як загальні ознаки виробничо-господарської діяльності, так і низка особливих ознак. Аналіз відповідних ознак допомагає визначити виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування як врегульовані правом суспільні відносини у сфері рослинництва та/або тваринництва, які виникають, змінюються та припиняються між сільськогосподарськими товаровиробниками з метою вирощування сировини рослинного та/або тваринного походження переважно в спеціальних сировинних зонах, що спрямовано на забезпечення продовольчої безпеки держави та гарантування права дитини на достатнє харчування. Особливості виробництва сировини для дитячого харчування зумовлюють потребу в спеціальному правовому регулюванні зазначеного напряму сільськогосподарського виробництва. Чинний Закон України «Про дитяче харчування» та видані в його розвиток підзаконні нормативно-правові акти вимагають оновлення, оскільки мають ряд істотних юридичних дефектів.

---

[1] Марченко С.І. Щодо визначення виробничо-господарської діяльності суб'єктів аграрного підприємництва. *Актуальні проблеми правознавства очима молодих вчених.* Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права: зб наук. праць за матеріалами Міжнародної наукової конференції студентів та аспірантів. Хмельницький, 2002. Спецвипуск № 1. С. 160–162.

[2] Аграрне право : підручник / Жушман В.П., Корнієнко В.М., Корнієнко Г.С. та ін. ; за ред. В.П. Жушмана та А.М. Статівки. Харків : Право, 2010. С. 296.

[3] Курман Т.В. Правове забезпечення продовольчої безпеки в Україні: національний і міжнародний аспект. *Актуальні питання аграрного права України: теорія і практика*: монографія / Статівка А.М., Уркевич В.Ю., Корнієнко В.М. та ін.; за ред. А.М. Статівки. Харків : ФІНН, 2010. С. 97.

[4] Чеботарьова В.Д., Майданник В.Г. Пропедевтична педіатрія. навч. посіб. Київ, 1999. С. 578.

[5] Антонік В.І., Антонік І.П., Андріанов В.Є. Анатомія, фізіологія дітей з основами гігієни та фізичної культури: навч. посіб. Київ: Вид. дім «Професіонал», Центр учбової літ-ри, 2009. С. 336.

[6] Мацокін В.В. Право громадян України на достатній життєвий рівень: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.02.02. Харків, 2008. С. 19.

[7] Реєстр спеціальних сировинних зон. URL: https://minagro.gov.ua/ua/file-storage/reyestr-specialnih-sirovinnih-zon

[8] Аграрне право: підручник / Корнієнко В.М., Корнієнко Г.С., Кульчій І.М. та ін.; за ред. А.М. Статівки. Харків : Право, 2018. С. 412.

[9] Аграрне право України : підручник / Єрмоленко В.М., Гафурова О.В., Гребенюк М.В. та ін. ; за заг. ред. В.М. Єрмоленка. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 608.

References:

Marchenko, S.I. (2002). Shchodo vyznachennia vyrobnycho-hospodarskoi diialnosti sub'iektiv ahrarnoho pidpryiemnytstva. Visnyk Khmelnytskoho instytutu rehionalnoho upravlinnia ta prava. Spetsvypusk № 1 «Zbirnyk naukovykh prats za materialamy Mizhnarodnoi naukovoi konferentsii studentiv ta aspirantiv «Aktualni problemy pravoznavstva ochyma molodykh vchenykh» Khmelnytskyi [in Ukrainian].

Zhushman, V.P., Stativka, A.M. (za red.). (2010). Ahrarne pravo : pidruchnyk. Kh. : Pravo [in Ukrainian].

Kurman, T.V. (2010). Pravove zabezpechennia prodovolchoi bezpeky v Ukraini: natsionalnyi i mizhnarodnyi aspect. Aktualni pytannia ahrarnoho prava Ukrainy: teoriia i praktyka: monohrafiia / A.M. Stativka, V.Yu. Urkevych, V.M. Korniienko ta in.; za red. A.M. Stativky. Kh. : FINN [in Ukrainian].

Chebotarova, V.D., Maidannyk, V.H. (1999). Propedevtychna pediatriia. Navch. posib. K. [in Ukrainian].

Antonik, V.I., Antonik, I.P., Andrianov, V.Ye. (2009). Anatomiia, fiziolohiia ditei z osnovamy hihiieny ta fizychnoi kultury. Navch. posib. K.: «Vyd. dim «Profesional», Tsentr uchbovoi lit-ry [in Ukrainian].

Matsokin, V.V. (2008). Pravo hromadian Ukrainy na dostatnii zhyttievyi riven: avtoref. dys. … kand. yuryd. nauk: 12.02.02. Kh. [in Ukrainian].

Reiestr spetsialnykh syrovynnykh zon. URL: https://minagro.gov.ua/ua/file-storage/reyestr-specialnih-sirovinnih-zon [in Ukrainian].

Stativka, A.M. (za red.) Ahrarne pravo: pidruchnyk (2010) / V.M. Korniienko, H.S. Korniienko, I.M. Kulchii ta in. Kharkiv : Pravo [in Ukrainian].

Yermolenko, V.M. (za zah. red.). (2010). Ahrarne pravo Ukrainy : pidruchnyk / V.M. Yermolenko, O.V. Hafurova, M.V. Hrebeniuk. K.: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

Резюме

Шибко Р.Д. **Виробництво сільськогосподарської сировини для дитячого харчування як об'єкт правового регулювання.**

У статті досліджено особливості виробництва сільськогосподарської сировини для дитячого харчування в Україні як об'єкт правового регулювання. За результатами дослідження сформовано висновки та пропозиції щодо потреби у спеціальному правовому регулюванні такого різновиду виробничо-господарської діяльності суб'єктів агробізнесу та меж його регулювання.

Ключові слова: дитина, дитяче харчування, сільськогосподарська сировина, особливості виробництва, правове регулювання, продовольча безпека.

Резюме

Шибко Р.Д. **Производство сельскохозяйственного сырья для детского питания как объект правого регулирования.**

В статье исследованы особенности производства сельскохозяйственного сырья для детского питания в Украине как объекта правового регулирования. По результатам исследования сформированы выводы и предложения касательно потребности в специальном правовом регулировании такого вида производственно-хозяйственной деятельности субъектов агробизнеса и границ его регулирования.

Ключевые слова: ребёнок, детское питание, сельскохозяйственное сырьё, особенности производства, правовое регулирование, продовольственная безопасность.

Summary

Roman Shybko. **Production of agricultural raw materials for baby nutrition as an object of legal regulation.**

The article explores the peculiarities of production agricultural raw materials for baby food in Ukraine as an object of legal regulation. The author emphasizes that the production of agricultural raw materials for baby food is a type of production and economic activity.

The production of agricultural raw materials for baby nutrition is characterized by main features of production and economic activity. Such type of production and economic activity is a set of social relations governed by agrarian, economic, civil, land, environmental law. The production of agricultural raw materials for baby nutrition arise in a specific field of social activity related to the process of production, processing and sale of agricultural products. Agrarian producers carry out such type of production for commercial purposes.

The production of agricultural raw materials for baby nutrition has its own specific features, which distinguishes it among other types of agricultural production. Such production is one of the guarantees of food security of Ukraine. To achieve food security of Ukraine the agrarian producers must provide adequate production of agricultural raw materials for baby food. Infants and young children are specific consumers of such production. The author highlights that baby nutrition must offset daily energy expenditure of the body's normal functioning and adequate development.

Special requirements for the production of agricultural raw materials for baby food are laid down in the provisions of Art. 8 of the Law of Ukraine "On Baby Nutrition". Agricultural raw materials for baby nutrition are produced mainly in special raw materials areas. Features of special raw material zones are determined by the Procedure for granting the status of special raw material production zone used for the production of baby and diet food. The author outlines the main advantages of organic products over inorganic ones.

The article provides the analysis of analysis of requirements for the producer of agricultural raw materials for baby food. The author concludes that the production of agricultural raw materials combines the features of plant and animal husbandry.

To the result, the article defines production of agricultural raw materials for the baby nutrition through the prism of its basic and special features.

Key words: child, baby nutrition, agricultural raw materials, production features, legal regulation, food security.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.52
УДК 343.14

І.І. КОГУТИЧ

Іван Іванович Когутич, *доктор юридичних наук, професор, професор Львівського національного університету імені Івана Франка*[*]
ORCID: 0000-0001-7775-0668

НАВІДНІ ЗАПИТАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ КОНЦЕПТУ

Постановка проблеми. Процес побудови, формулювання, озвучення запитань у контексті застосування відповідних засобів комунікації в кримінальному провадженні особливої актуальності набуває під час проведення допитів та інших процесуальних дій з елементом вербаліки. Не менш важливим у цьому ж сенсі є виокремлення концепту (проблеми) так званих навідних запитань, особливо в розрізі з'ясування їх психологічної сутності та допустимості у слідчому й судовому доказуванні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання досліджуваної проблеми вже були в полі зору вітчизняних вчених, зокрема, В.П. Бахіна, В.О. Коновалової, В.К. Весельського, В.А. Журавля, В.Ю. Шепітька, В.О. Попелюшка, Я.П. Зейкана, В.М. Бабунича, Н.М. Максимишин, М.О. Янкового, Д.О. Шингарьова та ін. Водночас, не применшуючи значення здобутків цих та багатьох інших авторів, зазначимо, що донині дискусійним у криміналістичній та кримінальній процесуальній науці залишається навіть поняття *навідні запитання*. Більше того, не визначені їх психологічно-наукові критерії; відсутнє розмежування з іншими різновидами запитань; немає методичного механізму встановлення рівня їх навіювального впливу (сугестії); не диференційовано межі правомірності охоплення категорією навідних запитань випадків оголошення допитуваній особі раніше надаваних нею показань, пред'явлення їй доказів та застосування низки інших тактичних прийомів, які назагал ґрунтуються на ефекті навіювання.

Формулювання мети статті. Виходячи з цих міркувань, **мета** пропонованої статті полягає в теоретичному аналізі окремих аспектів проблеми психологічної сутності та обґрунтуванні можливості максимально розширеного використання навідних запитань під час допитів та інших процесуальних дій доказового спрямування у кримінальному провадженні.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що інститут допитів формувався в Україні за умов моделі слідчого процесу. Відтак, він до сьогодні, навіть під час судового провадження, закономірно відчуває вплив, власне, його ідеології.

Загальновизнані міжнародно-правові стандарти справедливого судочинства містять приписи стосовно права особи, яку притягують до кримінальної відповідальності, на перехресний допит свідків обвинувачення, поділ допиту на прямий, перехресний і на так званий передопит (повторний допит)[1]. Недарма у п. 5 ч. 2 ст. 87 КПК України зазначено, що порушення права на перехресний допит є істотним порушенням прав людини і основоположних свобод.

Попри вищенаведене, навіть у щойно згадуваному і за висловами багатьох дослідників «прогресивному» КПК України (зокрема, Джеймс Гамільтон, заступник члена Венеціанської комісії, колишній генеральний прокурор Ірландії; Ерік Сванадзе, довгостроковий консультант проєктів РЄ, Грузія; Сергій Соболєв, народний депутат, фракція ВО «Батьківщина»; Лорена Бахмайєр-Вінтер, професор Мадридського університету; Жозе-Мануель-Пінту Тейшейра, екс-голова представництва Європейського Союзу в Україні; Віктор Мусіяка, професор права Києво-Могилянської академії, колишній народний депутат; Джеремі Мак-Брайд, голова наукового комітету Агентства Європейського Союзу з питань основоположних прав та ін.[2]), не передбачена належна, як на нас, і чітка змагальна структура допиту. Ба більше, навіть судового. Так донині залишається суттєва можливість для втручання суду у допити, точніше у ті їх частини, які проводять сторони змагального процесу. Доволі часто допит обвинуваченого, потерпілого чи свідків сторін перетворюється у

© І.І. Когутич, 2019

[*] ***Ivan Kogutych,*** *Dr. Hab. in Law, Professor, Professor of Ivan Franko National University of Lviv*

своєрідне з'ясування стосунків (поєдинок) між головуючим і тими, хто ці різновиди допиту у відповідний момент проводить. З цієї ж причини обмеженню прав сторін притаманний майже системний характер. Має місце підміна безпосереднього дослідження особистих доказів оголошенням протоколів допитів, інших документів тощо.

Зрозуміло й те, що утвердженню справжньої та чіткої змагальної структури допиту, як судового, так і досудового, сприятиме належне правове й науково-криміналістичне відрегламентування вимог стосовно так званих навідних запитань, як одного з дієвих інструментів цієї найпоширенішої процесуально-доказувальної дії.

Безспірно – процес постановки і формулювання запитань є важливим аспектом проведення і досудового, і судового допиту.

Історичні пам'ятники права доволі послідовно відображають роль запитань у формуванні процедури і тактики проведення допитів[3]. Приміром, у «Кримінальному-судовому Уложенні імператора Карла V Священної Римської імперії» (Німеччина), більш відомому як «Кароліна», було передбачено провадження спеціального слідства (inquisitio generalis). Серед основних слідчих дій кодексу були детальний допит свідків та «сумарний» допит обвинуваченого. З одного боку, «Кароліна» узаконив допит з тортурами, а з іншого – обмежив його застосування: «Без достовірних доказів ніхто не повинен піддаватися допиту з тортурами». Крім того, у «Кароліна» містились перші рекомендації з тактики допиту. Суддям рекомендувалося вдаватися до нечітких (незрозумілих) або навіть, «пасткових» запитань[4]. Також під час допиту було заборонено повідомляти обвинуваченому справжні обставини справи[5].

У Київській Русі конфлікти «розв'язували» через судовий поєдинок («поле») і за допомогою ордалій, тобто випробування водою і залізом. Своєю чергою, відповіді на запитання (показання) свідків були основним джерелом доказів. Перший відомий кодифікований збірник законів «Руська Правда» крім іншого поділяв свідків за видом відповідей на запитання на свідків – послухів і свідків-видоків[6].

Статут кримінального судочинства 1864 р. передбачав особливі правила проведення допиту обвинуваченого. Згідно ст. 404 Статуту пропоновані обвинуваченому запитання мали бути короткими і зрозумілими. Своєю чергою у ст. 723 було зазначено, що кожна сторона має право запропонувати допитуваному повторні запитання для роз'яснення ним відповідей, які були надані ним на запитання протилежної сторони[7].

Особливо плідною у сенсі зростання ролі запитань у формуванні процедури і тактики проведення допитів була післяреволюційна історія. Це, передусім, так званий перший період (1917–1929 рр.) становлення тактики допиту. Він характеризувався значною увагою до запитань свідка й обвинуваченого. Необхідно зазначити, що ця увага здебільшого була зумовлена значними досягненнями у сфері біопсихології та фізіології таких відомих вчених, як В.М. Бехтєрєв, І.П. Павлов, І.М. Сєчєнов, О.О. Ухтомський, О.Р. Лурія, Л.С. Виготський, О.Ф. Лазурський та ін.[8].

Назагал, запитання – це логічна форма, що охоплює початкову або базисну інформацію з одночасною вказівкою на її недостатність з метою отримання нової інформації у вигляді відповіді. Своєю чергою, навідне запитання, на противагу вищеозначеному, майже не позбавлене недоліку обізнаності про предмет комунікації. Його формулюють у такий спосіб, щоби закладена в ньому інформація вже могла б частково місти варіант очікуваної відповіді. Тобто запитувач використовує можливість так званої навіювальної дії (сугестії) в озвученому ним запитанні .

Навіть поверхневе узагальнення дозволяє констатувати, що з дефініцією «навідне запитання» не все так зрозуміло. Переконані й у тому, що однозначне визначення навідних запитань у кримінальному провадженні дати майже неможливо (незважаючи на доволі невдалу спробу вітчизняного законодавця у визначенні цієї дефініції (ч. 6 ст. 352 КПК України).

Загальнопоширена думка, що головна небезпека навідного запитання – це, як вже було згадано, його навіювальна здатність. Для повноти зазначимо, що цей ефект може бути зумовлений не лише і не стільки інформацією, що міститься у формулюванні запитання, скільки іншими чинниками: контекстом, у якому поставлено запитання; мімікою; жестами; інтонацією того, хто запитує або іншими немовними домішками в мові, які розглядаються криміналістичною наукою як невербаліка.

І досі не існує єдиної позиції щодо того, які запитання за суттю є навідними. У юридичній літературі неодноразово наголошувалося, що те саме запитання, поставлене в певній ситуації, може бути і нагадувальним, і деталізуючим, і навідним. Тому справедливо вважати, що в постановці запитань передусім необхідно враховувати їхнє співвідношення з тією інформацією, що до цього була відтворена співрозмовником.

Будь-яке запитання з огляду на його гносеологічну природу містить певну інформацію. І ця інформація тією чи іншою мірою спрямована на одержання адекватної відповіді. Відмінність забороненого запитання від допустимого полягає в тому, що у забороненому відповідь наперед визначена настільки, що в того, хто відповідає, відсутня реальна свобода вибору. Отже, проблема полягає і в тому, наскільки з очевидністю в запитанні виражена визначеність бажаної відповіді[9].

Частково повторюючись зазначимо, що запитання, назагал, може набувати навідного характеру за допомогою цілої низки тактичних засобів: а) вказівкою на об'єкт або його ознаки безпосередньо в змісті запитання – пряма підказка; б) побудовою відповідних граматичних (із використанням слів «хіба», «невже» тощо) і логічних (введення можливих альтернатив відповіді) конструкцій – непряма підказка; в) відповідною мовною інтонацією; г) використанням вже згадуваних невербальних засобів комунікації (міміки, жестикуляції тощо). За суттю, вищенаведений перелік – лише одна із багатьох можливих рубрик видофікації навідних запитань.

Звичайно, було б зразково, якби унаслідок багатогранності категорії «навідне запитання» кримінальне процесуальне законодавство розмежовувало найпоширені різновиди цих запитань. І лише після цього забороняло окремі з них під час кримінального провадження, незалежно від його стадії. Натомість, воно діє навпаки, визнаючи неприпустимими усі навідні запитання, якщо це стосується, передусім, прямого допиту. Цим законодавець, як на нас, значно обмежує можливості свободи вибору тактики допиту слідчим, і не тільки…

Скажімо, якщо метою допиту, передусім перехресного, є реальне з'ясування достовірності показань, то законодавець не повинен би передбачати можливість будь-якого психічного впливу на допитувану особу (відштовхуючись від об'єктивної можливості здійснення навідними запитаннями певної сугестії з метою одержання бажаних для когось показань). Водночас, такий вплив може мати і позитивне значення. Наприклад, у випадку потреби перевірки «на міцність» так званого свого свідка, який з певних причин змінив свої показання, перейшовши на бік протилежної сторони змагального процесу або ж взагалі не бажає свідчити.

Виправдано констатувати й те, що навідні запитання актуальні не лише для допиту підозрюваних чи обвинувачених та свідків (стосовно яких вони законодавчо допустимі, принаймні, у рамках судового перехресного допиту), але і для допиту спеціалістів та експертів.

Одним із перших акцентовано до дослідження винятково сугестивної сутності навідних запитань звернувся німецький психолог і філософ, один із піонерів диференціальної психології та психології особистості Вільям Льюїс Штерн. Він зазначив, що навідними він вважає такі запитання, в яких у зовні прихованій формі вже міститься бажана відповідь. Крім цього, Штерн розмежував навідні запитання залежно від характеру підказки на: запитання визначальні, тобто такі, що починаються словами: який, хто, де, коли, чому і т.п., що мають найменшу навіювальну силу; запитання протилежно-варіантні (розділяючі), тобто, які надають допитуваному можливість зробити вибір винятково між двома протилежними варіантами відповіді; запитання взаємовиключні, коли допитуваному надається можливість сказати лише або «так», або «ні»; очікувальні запитання, в яких міститься підказка на певну відповідь за зовні видимої свободи вибору відповіді; припускні запитання, в яких передбачається вже відомим те, що насправді ще не відоме.

Запропонованою типологією, як цілком правильно зазначено в літературі, Вільям Льюїс Штерн підкреслив вербально-комунікативне і внутрішньо-інтерпретаційне різноманіття навідних запитань[10].

Багато хто із опонентів аналізованого нами інституту вважає, що навідне запитання знецінює собою відповідь. Відтак доцільніше «… навідне запитання перевести у так зване уточнююче, яке, за суттю, ефективніше і практично ніколи не породжуватиме заперечень протилежної сторони доказування»[11].

Інша група дослідників пропонує, щоб під навідним запитанням розглядати: а) такі формулювання, які вже під час свого озвучення розраховані на підтвердження інформації, що міститься в самому запитанні або слугують підказкою відповідних відомостей; б) таку постановку, за якої відповідь повністю відповідає змісту самого запитання, не виходить за його рамки, не дає нової, додаткової, реально корисної в доказовому аспекті інформації, крім як наявної у самому озвученому запитанні; в) такі, які озвучують у ході допиту і мають за мету отримати від допитуваного значущу інформацію, зміст якої вже закладено в структуру запитання тощо[12].

Все вищенаведене категоріальне різнобарв'я – один із доказів того, що проблема навідних запитань ні в доктрині наук, ні у законі, ні на практиці не вирішена. Своєю чергою, це призводить, принаймні, і до ситуацій, коли навідні запитання використовують у допитах і під час досудового розслідування, і поза рамками перехресного допиту в суді. З одного боку, це неприпустимо. З іншого ж, можливо, і виправдано, передусім з наступних міркувань.

По-перше, як вже частково було зазначено, саме поняття «навідні запитання» лише поверхнево визначене в законодавстві (тобто таке, у формулюванні якого міститься відповідь, частина відповіді чи підказка до неї). Закономірно, ця лаконічність породжує суперечки й різні підходи в диференціації різновидів запитань та їх ототожнення із категорією навідних. Саме тому в літературі й пропонують вживати дещо більш жорсткіші визначення навідних запитань, на кшталт: запитання, які у формулюванні містять відповідь; запитання, сформульовані так, що в їх постановці міститься пряме навіювання відповіді тощо[13]. Але й це не покращить ситуації.

А як бути, якщо той, хто проводить допит (слідчий, прокурор, адвокат) впевнений, що навідне запитання винятково опосередковано чинить навіювальний вплив, і то лише за умови його озвучення у сукупності з іншими супутніми бажаній ситуації запитаннями?

По-друге, навідні запитання умовно заборонені лише в ході допиту на досудовому розслідуванні, а під час судового дослідження, як вже було зазначено, заборони немає (за умови виконання перехресного допиту). Однак і тут на випередження можна розмірковувати запереченням: хай закон не передбачає, однак закон і не заперечує. Відтак, традиційно виокремлювана заборона – умовна.

По-третє, у спеціальній літературі постійно дискутують стосовно положення про те, чи допустимі запитання навідного характеру в сенсі завдань встановлення психологічного контакту під час допиту, або ж коли вони не пов'язані з обставинами того, що розслідується?[14] Погодьмось, за цих ситуацій навіювальна їх дія аж ніяк не зачіпає «тіла» кримінального провадження. Наприклад, для підтримування психологічного контакту можна уточнити у допитуваного: «Ви ж цікавитесь футболом, політикою, чи не так»? У чому тут прояв недопустимого навіювального впливу?

Черговий раз констатуємо. Справді, існує чимало неврегульованих і спірних питань.

А реалії такі. Навідні запитання, аналогічно іншим інструментам комунікації кримінального провадження, це – невід'ємна його складова частина. Особливо, за умов протидії повному, всебічному й неупередженому дослідженню всіх обставин цього провадження, для переборення якої, як на нас, допустимі евристичні прийоми; правомірний психологічний вплив; ефекти, розраховані на присутніх учасників процесуальних дій (аудиторію за умов судового провадження) тощо. Недарма, у державах, де кримінальний процес упродовж віків був змагальним, а суд назагал усним, де розвинена техніка судового спілкування тощо, правники не забарились із визначенням найголовніших правил допустимості навідних запитань[15].

Перше – навідні запитання заборонені під час прямого допиту свідка тією стороною, яка його залучила до провадження, але допустимі в перехресному допиті свідка, залученого супротивником. Правило це ґрунтується на тій презумпції, що свідок «дружньо» налаштований стосовно тієї сторони, яка будує свою позицію за допомогою його показань (Україна, як відомо, сприйняла вищеозначене правило, законодавчо закріпивши можливість використання навідних запитань під час перехресного допиту (ст. 352 КПК)).

Правда, американська практика робить із цього загального правила певний виняток, передбачаючи можливість використання таких запитань і тоді, коли виявиться, що «свій» свідок насправді вороже налаштований, а відтак переслідує інтереси протилежної сторони змагального процесу або ж взагалі не бажає свідчити (частково про це вже згадували).

Друге правило. Англо-американські правники звертають увагу і на інший аспект застосування навідних запитань. Зокрема на їх підсвідомий (в певних межах) вплив на свідка, налаштованого давати правдиві показання. Небезпеку вбачають у тому, що й добросовісний свідок схильний давати позитивні відповіді на запитання цього різновиду. Тому різке розмежування між прямим і перехресним допитом, яке англійська доктрина ставить в основу приписів, регламентуючих допит свідків, далеко не повно передає усю сутність розуміння і ставлення до навідних запитань.

Допустимість навідних запитань під час перехресного допиту свідка протилежної сторони не означає, що відповідному учаснику комунікації (суб'єкту, який допитує) дозволено постановку запитань, які лише припускають доведеність тих обставин, які реально ще не були доведені, або ж, що вже були надані певні відповіді, хоча насправді таких відповідей ще не було. Тобто недопустимим є таке навіювання навідними запитаннями, яке ґрунтується лише на припущенні про обізнаність того, чого насправді ще немає.

Третє правило. «Неприпустимо вкладати у вуста свідкові слова стосовно винятково бажаної відповіді». Тобто судовими прецедентами сформульовано припис, який не допускає послідовності низки запитань, в яких різними способами підкреслено перевагу саме певної бажаної, а не якоїсь іншої відповіді.

Іншими словами, допустимою є практика контролю за показаннями особи на перехресному допиті, у ході якого допитуючий нібито сам говорить за неї, вимагаючи підтвердження або заперечення того чи іншого твердження (виходячи зі змісту ст. 352 КПК – цей припис діє і в Україні).

Назагал виправдано констатувати, що в англо-американській практиці недопустимими визнаються навідні запитання: 1) під час допиту «власного» свідка; 2) що стосуються істотних обставин (у вступній частині, наприклад, коли запитують ім'я, професію, місце проживання та ін., форма запитання не має значення) і 3) стосовно яких є заперечення з боку протилежної сторони провадження. Правда, й тут є винятки… Однак, у кожному разі суддя має право дозволити постановку будь-яких навідних запитань. Головне, щоб він, залежно від обставин справи, вважав їх безпечними і таким, що сприяють вимогам правосуддя.

Вищеозначена дискреційна влада судді – чи не найістотніший чинник англосаксської правової системи: вона локалізовує всі недоліки теоретичної доктрини і дозволяє гнучко тлумачити правила про допустимість навідних запитань (так, англійська практика допускає можливість нагадати свідкові ім'я, яке він не може згадати, але яке він, з його слів, згадає, якщо це ім'я назвуть. Очевидно, це можливо і в кримінальному провадженні України, незважаючи на заборону ставити навідні запитання під час прямого допиту (ст. 352 КПК)[16].

Висновки. Незважаючи на свій навіть частково виражений навіювальний вплив, навідні запитання в окремих ситуаціях допустимі й не лише в межах відомого законодавству судового перехресного допиту.

Головне – належно процедурно відрегламентувати низку взаємозв'язаних із навідними запитаннями аспектів. Принаймні, перше: визначити психологічно-наукові критерії, згідно яких те чи інше формулювання запитання може бути розцінене як таке, що містить недопустимий навіювальний вплив на допитуваного.

Друге: розробити методичний механізм встановлення (діагностування) допустимого рівня навіювального впливу навідного запитання, оскільки від вмісту категоріальної сутності цього різновиду запитань залежить питання про допустимість доказів назагал.

І на завершення: чітко (нормативно й тактично) диференціювати межі правомірності охоплення категорією навідних запитань випадки оголошення допитуваній особі раніше надаваних нею показань, пред'явлення їй доказів та застосування низки інших тактичних прийомів, яким (хочемо ми цього чи ні) все ж притаманний ефект навіювання. Адже по суті всі вони ґрунтуються на ознайомленні допитуваного з певною акцентовано-змістовною частиною інформації, встановленою на відповідний момент кримінальним провадженням.

---

[1] Про забезпечення права на справедливий суд: Закон України № 192VIII від 12.02.2015 (в поточній редакції від 04.06.2015, підстава 46919): URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/pravovi-standarty-espl-shchodo-dokaziv-i-dokazuvannya-u-kryminal%60nomu-protsesi/ (дата звернення: 28.12.2016 / 20:52); Правові стандарти

ЄСПЛ щодо доказів і доказування у кримінальному процесі. *Практика ЄСПЛ:* URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/pravovi-standarty-espl-shchodo-dokaziv-i-dokazuvannya-u-kryminal%60nomu-protsesi/ (дата звернення: 18.12.2019 / 20:52).

[2] За і проти КПК: URL: https://zib.com.ua/ua/15257-za_i_proti_kpk_abo_chomu_cherez_4_misyaci_sche_e_ne_zadovole.html

[3] Янковий М.О. Періодизація теорії допиту. *Наукові публікації НБУ:* URL: http://www.info-library.com.ua/libs/stattya/205-periodizatsija-rozvitku-teoriyi-dopitu.html

[4] Історія держави і права зарубіжних країн /за ред. В.Д. Гончаренка. К.: Ін Юре, 2002. 716 с. С. 182.

[5] Чельцов-Бебутов М.А. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. М.: Госюриздат, 1957. 840 с. С. 278.

[6] Леонтович Ф.И. Русская Правда и Литовский Статут, в видах настоятельной необходимости включить литовское законодательство в круг истории русского права. *Антологія української юридичної думки*. К.: Юрид. книга, 2002. Т. 2. С. 155–223. С. 204.

[7] Шигаль Д.А. Кримінальне судочинство в мирових судах, введених за судовою реформою 1864 р. у Російській імперії. *Форум права*. – 2008. № 3. С. 538–543: URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08sdarri.pdf

[8] Когутич І.І. Графологія: загальнонаукові та криміналістичні погляди на її становлення і застосування: монографія у 3 т. Т. 1: Загальне поняття графології та історичні аспекти її становлення як галузі наукового знання. Львів: ФО П Шпак В.Б., 2019. 352 с. С. 104–197.

[9] Ніколаєнко С. Психологічні особливості базових видів сугестії. *Світогляд – Філософія – Релігія: Зб. наук. пр*. Суми: ДВНЗ "УАБС НБУ", 2011. № 1(1): URL: http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/39498/08-Nikolaenko.pdf

[10] Савельева М.В. Проблемные аспекты наводящих вопросов в уголовном судопроизводстве: URL http://www.rusnauka.com/29_DWS_2012/Pravo/11_120570.doc.htm

[11] *Александров А.С., Гришін С.П., Зейкан Я.П. Перехресний допит у суді: навч.-практ. посіб. 3-тє видання, стереотипне. К.: Алерта, 2016. 528 с. С. 286.*

[12] Зейкан Я.П. Перешкоди правосуддю, або Хто попереджений – той озброєний: практичний посібник. К.: КНТ, 2009. 256 с. С. 36.

[13] Карамишева Н.В. Логіка теоретична і прикладна: навчальний посібник. К.: Знання, 2011. 455 с. С. 247.

[14] Когутич І.І., Максимишин Н.М. Судовий допит: процесуальне і криміналістичне дослідження. Монографія. Львів: Видавництво ТзОВ «Колір ПРО», 2019. 240 с. С. 30–40.

[15] Уолкер Р. Английская судебная система /перевод с английского Т.В. Апаровой. М.: Юрлитература, 1980. 632 с. С. 580–583; Бернам У. Правовая система США. 3-й выпуск / перевод с английского А.В. Александрова и др. М.: Новая юстиция, 2007. 1216 с. С. 511–520.

[16] Когутич І.І., Бабунич В.М. Теорія і практика перехресного допиту в суді: процесуальні і криміналістичні аспекти: монографія. Тернопіль: Підручники і посібники, 2015. 160 с. С. 43–55.

References:

Pro zabezpechennya prava na spravedlyvyi sud: Zakon № 192VIII 2015: URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/pravovi-standarty-espl-shchodo-dokaziv-i-dokazuvannya-u-kryminal%60 [in Ukrainian]; Pravovi standarty YSPL shchodo dokaziv i dokazuvannya u kryminalnomu protsesi. Praktika YSPL URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/pravovi-standarty-espl-shchodo-dokaziv-i-dokazuvannya-u-kryminal%60nomu-protsesi [in Ukrainian].

Za i proti KPK: URL: https://zib.com.ua/ua/15257-za_i_proti_kpk_abo_chomu_cherez_4_misyaci_sche_e_ne_zadovole.html [in Ukrainian].

Yankovyi, M.O. Periodyzatsiia teorii dopytu. *Naukovi publiratsii NBU:* URL: http://www.info-library.com.ua/libs/stattya/205-periodizatsija-rozvitku-teoriyi-dopitu.html [in Ukrainian].

Hhoncharenko, V.D. (za red.) (2002). Istoriia derzhavy I prava zarubizhnykh krain Kyyiv: In Yure [in Ukrainian].

Cheltsov-Bebutov, M.A. (1957). Kurs sovetskogo ugolovno-protsessualnogo prava. Ocherki po istorii suda i ugolovnogo protsessa v rabovladelcheskich, feodalnych i burzhuaznych gosudarstvakh [in Russia].

Leontovych, F.I. (2002). Russkaia Pravda i Litovskii Statut, v vidach nastoiatielnoi nieobchodimosti vkliuchit litovskoie zakonodatielstvo v krug istorii russkogo prava. *Antologiia ukrainskoi iurydichnoi dumky*. K.:Iuryd. Kniyha. T. 2. [in Ukrainian].

Shyhal, D.A. (2008). Kpyminalne sudochinstvo v myrovykh sudach, vvedenykh za sudovoiu reformoiu 1864 r. u Rosiiskii imperii. *Forum prava*. № 3: URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08sdarri.pdf [in Ukrainian].

Kogutich, I.I. (2019). Hravolohiia: zahalnonaukovi ta kryminalistychni pohliady na ii stanovlennia i zastosuvannia: monohrafiia u 3 t. T.1: Zahalne poniattia hrafolohii ta istorichni aspekty ii stanovlennia iak haluzi naukovoho znannia. Lviv: FO – P. Shpak [in Ukrainian].

Nikolaienko, S. (2011). Psikholohithni osoblyvosti bazovykh vydiv sugestii. *Svitohliad – Filosofiia – Relihiia: Zb. nauk. pr*. Sumy: UABS. № 1(1): URL: http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/39498/08-Nikolaenko.pdf [in Ukrainian].

Savelieva, M.V. (2012). Problemnyie aspekty navodiashchsikh voprosov v ugolovnom sudoproizvodstve: URL: http://www.rusnauka.com/29_DWS_2012/Pravo/11_120570.doc.htm [in Russian].

Aleksandrov, A.S., Grishin, S.P., Zeikan, Ya. P. (2016). Perekhresnyi dopyt u sudi*: navch.-prakt. posib. 3-tie vydannia, stereotypne. K.: Alerta* [in Ukrainian].

Zeikan, Ya. P. (2009). Pereshkody pravosuddiu, abo Hto poperedzhenyi – toi ozbroienyi: praktichnii posibnyk. K.: KNT [in Ukrainian].

Karamysheva, N.V. (2011). Lohika teoretychna i prykladna: navchalnyi posibnyk. K.: Znannia [in Ukrainian].

Kogutich, I.I., Maksimishin, N.M. (2019), Sudovyi dopyt: protsesualne i kryminalistychne doslidzhennia. Monohrafiia. Lviv: TzOV Kolir PRO [in Ukrainian].

Uolker, R. (1980) Angliiskaya sudiebnaya sistiema / perevod s ahgl. T.V. Aparovoi. M.: Yurlitieratura [in Russian]; Bernam, U. (2007). Pravovaia sistiema SShA. 3-i vypusk / perevod s ahgl. A.V. Alieksandrova i dr. M.: Novaia iustitsiia [in Russian].

Kogutich, I.I., Babunych, V.M. (2015). Teoriia i praktyka perekhresnoho dopytu v sudi: protsesualni i kryminalistychni aspekty: monohrafiia. Ternopil: Pidruchnyky i posibnyky [in Ukrainian].

Резюме

Когутич І.І. **Навідні запитання у кримінальному провадженні: окремі аспекти концепту.**

У статті проаналізовано окремі теоретичні й практичні аспекти психологічної й пізнавальної сутності навідних запитань у кримінальному провадженні. Обґрунтовано потребу і допустиму можливість максимально розширеного використання навідних запитань під час допитів та інших процесуальних дій доказового спрямування у досудовому розслідуванні та судовому розгляді кримінальних справ. Наведено аргументи реалізації цієї можливості, зокрема: визначити психологічно-наукові критерії, згідно яких те чи інше формулювання запитання може бути розцінене як таке, що містить недопустимий навіювальний вплив на допитуваного; розробити методичний механізм встановлення (діагностування) допустимого рівня навіювального впливу навідного запитання тощо.

Ключові слова: навідні запитання, кримінальне провадження, перехресний допит, навіювальний вплив.

Резюме

Когутич И.И. **Наводящие вопросы в уголовном производстве: отдельные аспекты концепта.**

В статье проанализированы отдельные теоретические и практические аспекты психологической и познавательной сущности наводящих вопросов в уголовном производстве. Обоснована потребность и допустимая возможность расширенного использования наводящих вопросов во время допросов и других процессуальных действий доказательного направления в досудебном расследовании и судебном разбирательстве уголовных дел. Аргументирована реализация этой возможности, в частности необходимостью определения научно – психологических критериев, согласно которым та или иная формулировка вопроса может быть расценена как содержащая недопустимое психологическое воздействие на допрашиваемого. Кроме этого, констатирована целесообразность разработки методического механизма установления (диагностирования) допустимого уровня внушающего воздействия наводящего вопроса.

Ключевые слова: наводящие вопросы, уголовное производство, перекрестный допрос, внушающее воздействие.

Summary

Ivan Kogutych. **Leading questions in criminal proceedings: some aspects of the concept.**

The article analyzes some theoretical and practical aspects of the psychological and cognitive nature of the leading questions in criminal proceedings. It is stated that neither legislation nor the theory contains a single acceptable definition of a "leading question". This is explained by the fact that it is almost impossible to give a clear definition of the aforementioned questions in criminal proceedings (even though the Ukrainian legislature's attempt to define this notion was rather unsuccessful (Article 352, part 6 of the CCP). It is emphascized on the correctness of the widespread scientist's opinion that the main dander in a leading question is its regular inadmissible suggestive power, which may be due not so much to the information contained in the formulation of the question as to other factors: the context of the question's voice; facial expressions; gestures; intonation of the inquirer or other non-linguistic impurity in language considered by non-verbal forensic science. It is supported by the conclusion that there is still no single scientific position on which questions are inherently suggestive. It is stated that in order to improve the situation with the use of leading questions in criminal proceedings, it is first and foremost necessary that criminal procedural law should differentiate between the most common types of leading questions and only then do prohibit some of them, regardless of the stage of the trial. Instead, the latter works the opposite, recognizing that all the questions raised are inadmissible if it relates primarily to direct interrogation. In this way, the legislator, in the author's opinion, significantly limits the freedom of choice of interrogation tactics to both the investigator and the court.

Therefore, the need and admissible possibility of maximizing the use of leading questions during interrogations and other evidentiary proceedings in the pre-trial investigation and judicial review of criminal cases is justified. The arguments for the realization of this possibility are presented, in particular: to determine the psychological and scientific criteria according to which a particular formulation of a question can be regarded as containing an unacceptable suggestive influence on the interviewee; to develop a methodological mechanism for establishing (diagnosing) the admissible level of the suggestive influence of a leading question, since the question of the admissibility of evidence depends on the content of the categorical nature of this variety of questions; more clearly (normatively and tactically) differentiate the limits of the lawfulness of coverage by a category of leading questions in case of announcement to the interviewee of a previously given testimony, presentation of evidence to him and the use of a number of other tactical techniques that are based in one way or another on the effect of a suggestion. In fact, all of them, in general, are based on acquaintance of the interviewee with a certain accentuated – meaningful part of the information established by the criminal proceedings.

Key words: leading questions, criminal proceedings, cross-examination, suggestive influence.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.53
УДК 343.43

А.В. АНДРУШКО

Андрій Васильович Андрушко, *кандидат юридичних наук, доцент, доцент Ужгородського національного університету*[*]

ORCID: 0000-0002-7735-7898

ОБ'ЄКТИВНА СТОРОНА НЕЗАКОННОГО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ АБО ВИКРАДЕННЯ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Свобода людини є однією з головних цінностей будь-якого цивілізованого суспільства, а її захист, в тому числі засобами кримінального права, – одним з основних завдань правової держави. Серед кримінально караних посягань на свободу – незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 Кримінального кодексу (далі – КК) України). Вказана стаття, однак, є недосконалою, що породжує різне її тлумачення в науковій літературі та правозастосовній практиці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми кримінальної відповідальності за незаконне позбавлення волі або викрадення людини розглядалися в працях М.О. Акімова, Н.В. Бойко, В.І. Борисова, О.О. Володіної, В.П. Ємельянова, В.Г. Кундеуса, Я.Г. Лизогуба, О.С. Наумової, А.С. Політової, М.І. Хавронюка, С.Д. Шапченка та інших науковців. Разом із тим чимало відповідних питань у доктрині кримінального права залишаються дискусійними та недостатньо дослідженими, а тому потребують наукового аналізу.

Мета статті – на підставі аналізу кримінального законодавства, судової практики та спеціальної літератури дослідити дискусійні питання об'єктивної сторони незаконного позбавлення волі або викрадення людини.

Виклад основного матеріалу. Об'єктивна сторона розглядуваного злочину характеризується двома альтернативними діяннями: 1) незаконним позбавленням людини волі; 2) викраденням людини. Вчинення хоча б одного з цих діянь є достатнім для констатації наявності об'єктивної сторони даного злочину.

Сутність незаконного позбавлення свободи полягає в протиправному утримуванні особи, яке, своєю чергою, виражається у створенні штучних перешкод (зв'язування, приковування ланцюгом, зачинення дверей тощо), що не дозволяють потерпілій особі вільно пересуватися у просторі та вибирати місце свого перебування.

Звертає на себе увагу те, що чимало дослідників, аналізуючи об'єктивну сторону розглядуваного діяння, поряд із використовуваним законодавцем словосполученням «позбавлення волі» паралельно вживають словосполучення «обмеження волі»[1]. Оцінити однозначно відповідну позицію складно. З одного боку, законодавець чітко каже про «позбавлення», а не про «обмеження» волі. З іншого ж, у реальній практиці дійсно не бракує прикладів, коли особа радше обмежена свободи, а не повністю позбавлена її, оскільки має можливість пересуватися, але в дуже обмеженому просторі. У цьому контексті необхідно також зауважити, що й особа, котра відбуває покарання у виді позбавлення волі, володіє певною свободою пересування[**]. З огляду на це варто погодитись з О.Є. Амосовим, котрий вважає, що незаконно позбавити свободи можна й особу, яка вже позбавлена волі за вироком суду[2]. Крім того, мають рацію ті дослідники, котрі підкреслюють, що під незаконним позбавленням свободи «слід розуміти не будь-яке обмеження свободи пересування, а лише таке, яке пов'язане з позбавленням можливості покинути певне місце, утримування людини в певному місці шляхом запирання, зв'язування тощо»[3]. Виходячи з цього, не є незаконним позбавленням свободи, наприклад, випадки, коли людину не пускають в якесь місце, куди вона має право увійти, адже можливості пересуватися в просторі вона не позбавлена[4].

На думку більшості дослідників, викрадення людини завжди вчиняється шляхом активних дій, тоді як незаконно позбавити волі можна не лише шляхом дії, а й бездіяльності[5]. На переконання інших, незаконне позбавлення волі, як і викрадення людини, можливе лише шляхом активної дії[6]. Більш переконливою видається перша позиція. Незаконне позбавлення волі дійсно, як правило, вчиняється шляхом дії – протиправному створенні перешкод вільному пересуванню потерпілої особи (наприклад, зв'язування людини, зачинення її в певному приміщенні). Однак в окремих випадках дане діяння може бути вчинене і шляхом бездіяльності:

© А.В. Андрушко, 2019

[*] ***Andriy Andrushko,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Uzhhorod National University*

[**] У ч. 2 ст. 99 Кримінально-виконавчого кодексу України, для прикладу, вказано, що засуджені до позбавлення волі, які тримаються в дільниці соціальної реабілітації, «у вільний від роботи час від підйому до відбою користуються правом вільного пересування в межах території дільниці», а також «з дозволу адміністрації колонії можуть пересуватися без нагляду поза територією дільниці, але в межах населеного пункту, якщо це необхідно за характером виконуваної ними роботи або у зв'язку з навчанням» (Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 р. № 1129-IV / Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15).

наприклад, ненадання засобів пересування інваліду без ніг особою, котра здійснює за ним догляд, або ж відмова відчинити приміщення, в якому потерпілий опинився за своєю згодою[7].

Вжитий у ст. 146 КК України термін «незаконне» вказує на те, що можливе позбавлення волі на законних підставах. Незаконне позбавлення волі має місце у всіх випадках, коли воно вчиняється не відповідно до Конституції України, законів України та чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. У Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. 5) вказано, що «нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: a) законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом; b) законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом; c) законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення; d) затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою допровадження його до компетентного органу; e) законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг; f) законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції»[8].

Згода потерпілої особи на вчинення стосовно неї незаконного позбавлення волі або викрадення людини виключає відповідальність за ст. 146 КК України, за винятком випадків, якщо згоду на них дає малолітня особа. Не може також йтися про згоду потерпілого, якщо останній визнаний судом недієздатним внаслідок психічної хвороби або недоумства[9].

Відповідальність виключається, якщо особу було позбавлено свободи внаслідок необхідної оборони, правомірного затримання особи, що вчинила злочин, або в умовах крайньої необхідності. Зазначимо, що в судовій практиці найчастіше трапляються випадки відмежування розглядуваного посягання від затримання особи, яка вчинила злочин, як обставини, що виключає злочинність діяння. Так, в одному випадку суд визнав правомірність дій підсудного, який скористався правом на затримання особи, що вчинила злочин[10], в іншому – відкинув доводи обвинувачених та їхніх захисників стосовно відсутності в діях обвинувачених складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 146 КК України, у зв'язку з відсутністю у них підстав вважати, що особа, яку вони затримали, дійсно вчинила злочин[11].

Вкрай неоднозначним та дискусійним у юридичній літературі є поняття викрадення людини. Передусім варто зазначити, що виокремлення викрадення людини (нехай і поряд з незаконним позбавленням її волі) як посягання на волю, честь та гідність особи відбулося в 2001 р., коли було прийнято чинний на сьогодні КК України. Раніше, у радянських кримінальних кодексах 1922, 1927, 1960 рр., поряд із статтею про відповідальність за незаконне позбавлення волі, містилася окрема стаття про відповідальність за викрадення чужої дитини*. У радянській юридичній літературі вказувалось, що дитиною у цій статті слід вважати особу, яка не досягла 14-річного віку. Викрадення неповнолітніх у віці понад 14 років пропонувалося кваліфікувати як незаконне позбавлення волі[12]. Відповідним чином йшла й тогочасна судова практика, яка викрадення дорослої людини розцінювала як просте чи кваліфіковане незаконне позбавлення волі[13].

Оскільки у диспозиції ч. 1 ст. 146 КК України законодавець не розкриває сутність викрадення людини, для його з'ясування необхідно проаналізувати спеціальну літературу та правозастосовну практику.

На думку більшості дослідників, викрадення людини передбачає сукупність послідовно вчинюваних дій: 1) заволодіння людиною (як варіант – захоплення людини, вилучення людини), вчинене будь-яким способом; 2) переміщення потерпілого з того місця, де він перебував, до іншого; 3) подальше утримування особи всупереч її волі та бажанню[14]. Утім, трапляються й інші точки зору. Наприклад, С.Д. Шапченко, а також А.В. Савченко, В.В. Кузнецов та О.Ф. Штанько, не згадують про першу із зазначених дій, вважаючи, що викрадення людини «передбачає протиправне переміщення особи з одного місця до іншого, що супроводжується фактичним обмеженням її свободи пересування»[15]. Своєю чергою, А.В. Шевчук та М.Д. Дякур переконані, що «викрадення людини, як правило, виражається в її захопленні і подальшому обмеженні волі»[16], тобто не вважають обов'язковим елементом викрадення людини її переміщення. Не згадують про переміщення людини також Т.В. Варфоломеєва[17] та автори науково-практичного коментаря до КК України за редакцією М.О. Потебенька і В.Г. Гончаренка[18]. На думку О.О. Володіної, обов'язковими ознаками об'єктивної сторони цього злочину є тільки заволодіння людиною та її переміщення з місця перебування, оскільки в окремих випадках вчинення даного посягання відсутнє навіть тимчасове утримування потерпілої особи[19]. М.І. Хавронюк також вважає, що викрадення людини означає лише заволодіння нею та незаконне її переміщення[20]. Очевидно, що таке різноманіття поглядів на сутність викрадення людини не сприяє правозастосуванню.

Не менші розбіжності в поглядах спостерігаються при розкритті окремих складових викрадення людини. Характеризуючи першу із зазначених вище дій, одні науковці вказують, що викрадення людини полягає

---

* КК УСРР 1922 та 1927 рр. містили окрему статтю (ст. 162 та ст. 157 відповідно) про відповідальність за викрадення, приховування чи підміну чужої дитини з корисливою метою, з помсти або з інших особистих мотивів. У ст. 124 КК УРСР 1960 р., яка мала назву «Викрадення чужої дитини», відповідальність передбачалася за викрадення або підміну чужої дитини з корисливою метою, з помсти або з інших особистих мотивів.

в її захопленні[21], другі – у заволодінні нею[22], треті – в її вилученні[23]. Четверта група дослідників, визначаючи сутність викрадення людини, поєднує одразу кілька із зазначених дій. Так, В.О. Корнієнко пише про «заволодіння живою людиною, вилучення її з природного соціального середовища»[24]. В.Г. Кундеус вважає, що найбільш повно сутність викрадення людини відображає таке визначення: «незаконне заволодіння людиною шляхом вилучення її з місця перебування»[25]. Своєю чергою, В.М. Підгородинський говорить про «заволодіння живою людиною, яке супроводжується захопленням»[26]. Звертає на себе увагу також те, що чимало дослідників слова «заволодіння» та «захоплення» використовують як синонімічні та взаємозамінні[27]. У зв'язку з викладеним необхідно з'ясувати семантичне значення слів «захоплення», «заволодіння» та «вилучення».

У Великому тлумачному словнику сучасної української мови слово «захопити» пояснюється так: «1. Брати що-небудь, хапаючи, стискаючи; схоплювати. 2. Брати, прихоплювати кого-, що-небудь з собою. // Підхопивши кого-, що-небудь, тягти силою свого руху, примушуючи рухатися в тому самому напрямку. … 4. Оволодівати насильно кимсь, чимось, брати силою кого-, що-небудь. // Затримувати кого-небудь силою, позбавляючи волі»[28]. Слово «заволодіти» тлумачиться так: «1. Брати у своє володіння, привласнювати. 2. Опановувати, охоплювати кого-, що-небудь. // Підкоряти своєму впливові; полонити»[29]. Слово «вилучати» тлумачиться так: «1. Вибирати, видаляти що-небудь звідкись, зі складу чогось і т. ін. // Забирати що-небудь у когось, конфіскувати. // Виводити з числа членів якоїсь організації, колективу і т. ін. 2. Відокремлювати від стада (свійських тварин)»[30]. Найменш придатним для характеристики викрадення людини видається термін «вилучення», оскільки він не є відповідником слів «заволодіння» та «захоплення», а фактично позначає наступну дію-складову розглядуваного діяння – переміщення людини. Так, В.Г. Кундеус слушно вважає вилучення людини з певного місця початковим етапом її переміщення[31]. Проте у літературі іноді стверджується, що «вилучення людини є дією, спрямованою на заволодіння нею»; при цьому підкреслюється, що вилучається людина «із звичного для неї мікросередовища поза її волею та бажанням»[32]. Складно зрозуміти, як при такому підході співвідносяться між собою «вилучення» й «заволодіння», що таке «звичне мікросередовище» і чому вилучення людини можливе лише із «звичного» мікросередовища (як, для прикладу, бути у разі, коли заволодіння людиною відбулося на вулиці, яка навряд чи може визнаватись «звичним мікросередовищем»?). Термін «захоплення» семантично вказує на застосування до особи фізичного насильства для подолання її опору. Аналіз судової практики дійсно засвідчує, що викрадення людини, як правило, вчиняється шляхом застосування до неї фізичного насильства. Разом із тим, фізичне насильство – не єдиний спосіб вчинення даного діяння. Іншими способами є психічне насильство, обман чи зловживання довірою, використання безпорадного стану потерпілої особи. З огляду на це, можна зробити висновок, що «захоплення» не повною мірою, дещо однобоко відображає сутність викрадення людини, невиправдано звужує об'єктивну сторону вказаного діяння. Більш придатним видається термін «заволодіння», який, вочевидь, охоплює усі можливі способи викрадення людини. Водночас цей термін є доволі неоднозначним, оскільки, як підкреслювалося, означає також «привласнення», «взяття у своє володіння». У поєднанні з назвою розглядуваного діяння («викрадення») інколи це призводить до спотвореного розуміння його сутності. К.В. Ушакова слушно, на наш погляд, констатує, що «саме тлумачення викрадення [людини] свідчить про невиправдано широке запозичення положень наукових та практичних розробок інституту викрадення чужого майна»[33]. Видається, має рацію також В.О. Навроцький, який зазначає, що у кримінальному праві «термін "викрадення" зазвичай використовується для позначення ознак складів злочинів проти власності, має чіткий зміст, який явно не поширюється на викрадення людини»[34].

Не можемо погодитись з авторами, які «заволодіння»[35], та й саме «викрадення людини», розуміють надто широко, маючи на увазі перетворення особи на річ. Так, наприклад, Я.Г. Лизогуб вважає, що «людину викрадають як річ, тобто відбувається злочинне обернення людської істоти на звичайний матеріальний об'єкт, на річ»[36]. На наш погляд, насправді нічого подібного не відбувається. Аналіз емпіричної бази засвідчує, що в більшості випадків викрадачі прагнуть передовсім перемістити людину в безлюдне місце, де без зайвих свідків «з'ясувати відносини», пред'явити їй свої вимоги, заподіяти тілесні ушкодження тощо. Для цього, зрозуміло, необхідно подолати її опір, домогтися контролю над нею. Таким чином, заволодіння людиною при її викраденні вказує лише на встановлення контролю над нею, але не означає перетворення її на матеріальний об'єкт, певну річ. Так, наприклад, Красноградський районний суд Харківської області засудив двох співучасників, котрі на ґрунті раптово виниклих особистих неприязних відносин шляхом застосування фізичного насильства помістили потерпілого в багажник автомобіля, після чого перевезли його до найближчої лісосмуги, де били та погрожували розправою[37]. Як бачимо, у наведеному прикладі винні, застосувавши фізичне насильство й подолавши таким чином опір потерпілого, спершу встановили контроль над ним. На наш погляд, саме «встановлення контролю», а не «заволодіння» краще відображає суть вчиненої дії при характеристиці об'єктивної сторони викрадення людини. Встановивши контроль над людиною, викрадачі намагаються здійснювати його доти, доки вважають за необхідне.

Здійснюючи розмежування незаконного позбавлення волі та викрадення людини, Я.Г. Лизогуб підкреслює, що «головним критерієм розуміння факту викрадення є те, що потерпілий перебуває під контролем викрадача, тобто місце знаходження (утримання) потерпілого, так само, як і будь-яка його поведінка в цьому місці, контролюються викрадачем»[38]. Вважаємо, є всі підстави стверджувати, що під аналогічним контролем перебуває й особа, незаконно позбавлена волі (однак не викрадена). За великим рахунком, саме в контролі над особою (фактично – в її незаконному утриманні) й полягає сутність розглядуваного посягання. Приміром, Красноармійський міськрайонний суд Донецької області встановив, що І., який перебував у стані алко-

гольного сп'яніння, з метою з'ясування відносин зі своєю співмешканкою Н., прибув на її робоче місце, де між ними виникла сварка. Коли Н. спробувала вийти з кабінету, І. обома руками відштовхнув її, не давши можливості вільно покинути приміщення, а відтак зачинив двері на замок. Незаконно позбавивши Н. свободи, І. вийняв канцелярського ножа і, демонструючи його перед співмешканкою, погрожував його застосуванням, намагаючись таким чином залякати жінку й схилити її до налагодження стосунків[39]. Наведений приклад демонструє, що потерпіла від незаконного позбавлення свободи жінка перебувала під контролем винного, зокрема не могла вільно покинути приміщення, в якому не бажала перебувати.

Втім, аналіз емпіричної бази засвідчує, що встановлення контролю над потерпілою особою у разі незаконного позбавлення її свободи характеризується особливостями, головними з яких є те, що нерідко воно (встановлення контролю) має «безконтактний» характер (наприклад, зачинення людини в певному приміщенні, відмова випустити з нього). У зв'язку з цим необхідно також зауважити, що для створення перепон у вільному пересуванні фізичне насильство рідше застосовується в разі незаконного позбавлення свободи, не пов'язаного з її викраденням.

У спеціальній літературі нерідко стверджується: основна відмінність між незаконним позбавленням волі та викраденням людини полягає в тому, що в разі вчинення першого діяння виключається переміщення потерпілої особи, тоді як при викраденні людини воно має визначальне значення[40]. Однак чи дійсно факт переміщення людини може слугувати надійним критерієм для розмежування вказаних діянь? У Великому тлумачному словнику сучасної української мови слово «переміщати» пояснюється так: «Змінювати місцезнаходження чого-небудь; переносити з одного місця в інше. Змінювати місцеперебування кого-небудь»[41]. У тих випадках, коли потерпілу особу перевозять до іншого населеного пункту чи іншої місцевості, питання про наявність чи відсутність факту переміщення не виникає, і такі діяння кваліфікуються як викрадення людини. Не все так однозначно із переміщеннями на незначну відстань (насамперед у межах приватного домоволодіння), попри те, що в літературі інколи підкреслюється, що відстань, на яку переміщають особу, для кваліфікації значення не має[42].

Описуючи об'єктивну сторону незаконного позбавлення волі, дослідники традиційно вказують, що дане діяння може полягати, зокрема, в поміщенні потерпілого у певне місце, звідки він не може самостійно вибратися[43]. Не зовсім зрозумілим, на наш погляд, є те, як можна помістити кудись людину, не переміщаючи її. У зв'язку з цим зазначимо, що, описуючи фактичні обставини вчиненого діяння, суди нерідко змушені вживати такі слова, як «відвів»[44], «підвів»[45], «витягнув»[46], «потягнув»[47], «затягнув»[48] тощо. Очевидно, що всі наведені слова свідчать про переміщення людини. Зауважимо також, що в судовій практиці не бракує прикладів того, як людину, котру незаконно позбавляють волі, переміщають на більш значну відстань. Так, наприклад, Краснолиманський міський суд Донецької області встановив, що підсудна вивела свою стару матір із будинку на подвір'я і прив'язала її ланцюгом до дерева, чим незаконно позбавила її свободи пересування[49]. Навряд чи факт переміщення потерпілої, яку вивели з приміщення на подвір'я, свідчить про її викрадення, тому суд, на наш погляд, правильно кваліфікував вчинене винною як незаконне позбавлення волі. Зауважимо також, що іноді суди, описуючи об'єктивну сторону незаконного позбавлення волі, прямо визнають факт переміщення потерпілої особи. Приміром, Криворізький районний суд Дніпропетровської області встановив, що підсудний «захопив малолітнього за ліву руку і всупереч його волі перемістив з подвір'я будинку до кухні, де пристебнув за праву ногу металевим ланцюгом» (вказані дії суд кваліфікував як незаконне позбавлення волі)[50]. Останній приклад, на наш погляд, переконливо доводить, що ознака переміщення не може слугувати беззаперечним критерієм для розмежування незаконного позбавлення волі та викрадення людини, навіть якщо розглядати її в сукупності з ознаками заволодіння та утримання. Якщо відсутність переміщення завжди виключає викрадення людини, то факт її переміщення безумовним свідченням викрадення людини не є.

Разом із тим звертає на себе увагу те, що у наведених та інших подібних випадках людину переміщали на невелику відстань *в межах* домоволодіння чи іншого місця, в якому вона перебувала за своєю волею (місця проживання, роботи, відпочинку тощо). Таке переміщення пов'язане з бажанням винного помістити потерпілого туди, звідки останньому складніше буде вибратися (наприклад, в підвал чи погріб), або ж у те місце, де за ним буде зручніше наглядати. У «класичних» ж випадках викрадення людини переміщення відбувалось за межі місця останнього перебування особи. Вочевидь, саме такі випадки й мають визнаватись «викраденням людини».

На думку О.В. Нікуліної, переміщення в разі викрадення людини завжди пов'язане з перевезенням потерпілого з використанням транспортного засобу[51]. З цим твердженням погодитись не можемо, оскільки переміщення викраденого може відбуватися й без задіяння транспорту. Як правило, таке має місце у разі викрадення малолітніх дітей. Приміром, Червонозаводський районний суд м. Харкова встановив, що чоловік, перебуваючи в стані сп'яніння, схопив на вулиці малолітню дівчинку, яку безпідставно вважав своєю донькою, і проти її волі повів до свого будинку, де утримував[52].

Відстань, на яку переміщається потерпіла особа, на кваліфікацію вчиненого не впливає. Аналіз судової практики засвідчує, що викрадених людей переміщають, як правило, на невеликі відстані – здебільшого в межах одного району (приміром, везуть на околицю населеного пункту, до найближчої лісопосадки і т. ін.).

Таким чином, викрадення людини передбачає встановлення контролю над нею та переміщення її за межі місця, в якому вона перебувала за своєю волею. Що ж стосується утримування особи, то, на наш погляд, не можна погодитись з авторами, котрі переконані, що для викрадення людини ця ознака не є обов'язковою[53]. Вважаємо, що факт утримування людини у разі її викрадення є беззаперечним, хоча ця озна-

ка дійсно має певні особливості порівняно з незаконним позбавленням волі, не пов'язаним з її викраденням. Навряд чи правильно виокремлювати її в якості третьої за чергою, такої, що має місце тільки після переміщення людини. Слово «утримувати» означає «перешкоджати чийомусь рухові, уповільнювати, гальмувати просування кого-, чого-небудь або зупиняти зовсім. // Тримаючи, притримуючи кого-небудь, перешкоджати щось зробити. // Стримувати кого-небудь від якихось дій, вчинків»[54]. Утримування людини у разі її викрадення починається не після її переміщення з того місця, в якому вона перебувала, у те, в якому не бажає перебувати, а з моменту встановлення контролю над нею і триває до моменту її звільнення. Іншими словами, всім етапам викрадення людини властивий спільний елемент – її утримування. У зв'язку з цим вважаємо, що виокремлення «подальшого утримування» як ознаки викрадення людини позбавлене сенсу, тим більше, що на практиці подальше (після переміщення) утримування має місце не завжди.

Незаконне позбавлення волі або викрадення людини переважна більшість дослідників відносить до формальних складів[55]. На думку інших, даний склад за своєю конструкцією належить до матеріальних[56]. Так, С.Д. Шапченко переконаний, що незаконне позбавлення волі включає: а) діяння; б) наслідок; в) причинний зв'язок між діянням і наслідком. При цьому під наслідком вказаного діяння науковець розуміє фактичне обмеження потерпілого у свободі пересування[57]. Зі змісту диспозиції ч. 1 ст. 146 КК України дійсно можна зробити двоякий висновок про конструкцію даного складу злочину, адже все залежить від того, як розглядати незаконне позбавлення волі – як діяння, чи як наслідок*. Разом із тим більше схиляємось до того, що у розглядуваному випадку має місце формальний, а не матеріальний склад. Навряд чи законодавець, формулюючи зазначену диспозицію, мав на меті вказати на позбавлення свободи як на наслідок, а не як на діяння. Інша справа, що діяння і наслідок тут фактично збігаються у часі.

У юридичній літературі слушно вказується, що незаконне позбавлення волі слід вважати закінченим з моменту фактичного позбавлення людини свободи пересування (перешкоджання особі можливості покинути певне місце, в якому її незаконно утримують і де вона не бажає перебувати)[58].

Натомість момент закінчення викрадення людини визначається по-різному. Так, на думку А.В. Савченка, В.В. Кузнецова та О.Ф. Штанька, закінченим цей злочин є «з моменту заволодіння людиною та фактичного початку обмеження її волі»[59]. Такий підхід є неоднозначним, оскільки незрозуміло, чому момент заволодіння людиною та фактичний початок обмеження її волі відокремлюються сполучником «та». Так само не зовсім коректною видається точка зору В.М. Підгородинського, який переконаний, що викрадення людини є закінченим «з моменту, коли особа, яка була переміщена у певне місце, фактично обмежена у свободі пересування»[60]. Складається враження, що «фактичне обмеження у свободі пересування» пов'язується не з моментом заволодіння потерпілою особою, а з моменту, коли особа «була переміщена у певне місце». Не можемо погодитись і з точкою зору М.О. Акімова, котрий підкреслює, що «потерпілий, якого вже позбавили свободи, ще формально не може вважатись викраденим, бо його ще не вилучили з місця перебування і не перемістили в інше місце (на розсуд винної особи)»[61]. Вважаємо, що переміщення потерпілої особи для визнання викрадення людини закінченим значення не має, оскільки, як визнає сам М.О. Акімов, свободи її позбавили ще до цього. Не зовсім послідовною видається й позиція Я.Г. Лизогуба, котрий, з одного боку, вказує, що моментом закінчення викрадення людини є вилучення потерпілого, з іншого ж, зазначає, що «під час викрадення людини остання спочатку вилучається з місця перебування, а потім позбавляється волі на період перебування у викрадача»[62]. Вочевидь, викрадена людина позбавляється свободи не «потім», а з моменту втрати можливості вільного пересування. Не можемо погодитись і з точкою зору В.І. Зубкової, на переконання якої викрадення людини сконструйовано законодавцем за типом матеріальних складів і має визнаватись закінченим «не з моменту захоплення людини, а лише після виконання й інших дій цього складу: після переміщення викраденого в інше місце та обмеження свободи його пересування, тобто коли в повному обсязі відбулося викрадення»[63]. Вважаємо, що для подібних висновків немає жодних підстав, адже насправді законодавець не пояснює, що слід розуміти під викраденням людини, зокрема нічого не каже про обов'язковість переміщення та подальшого утримування потерпілого для визнання викрадення людини закінченим злочином. Крім цього, не можна ігнорувати й того, що фактичне позбавлення свободи пересування та вибору місця перебування починається вже з моменту встановлення контролю над пересуванням потерпілого і триває до моменту його звільнення. Не можемо погодитись і з точкою зору Н.В. Бойко, яка свого часу писала, що викрадення людини «слід визнавати закінченим з моменту отримання винним реальної можливості розпорядитися долею викраденої людини»[64]. Вочевидь, такий висновок про момент закінчення викрадення людини авторка зробила за аналогією з викраденням чужого майна, що навряд чи правильно, адже ставити знак рівності між майном та свободою людини некоректно. Із зрозумілих причин неприйнятною видається також точка зору О.В. Нікуліної, котра вважає, що момент закінчення викрадення людини «залежить від рішення суду і, відповідно, є оціночною категорією»[65].

На наше переконання, розглядуване діяння, як у формі незаконного позбавлення волі, так і у формі викрадення людини, слід вважати закінченим з моменту фактичного позбавлення особи свободи пересування. Аналогічною є точка зору й деяких інших дослідників[66]. Замахом на незаконне позбавлення волі або викрадення людини слід вважати вчинення особою з прямим умислом діяння, безпосередньо спрямованого

* У даному контексті С.Д. Шапченко зауважує, що в більшості випадків фактичне обмеження потерпілого у свободі пересування «є безпосереднім результатом вчиненого діяння, практично не відокремленим від нього в часі» (Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277).

на виконання об'єктивної сторони вказаного злочину, якщо при цьому його не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі винного (наприклад, винний зробив спробу перешкодити потерпілому покинути приміщення, однак його дії були припинені сторонніми особами, або ж потерпілий зумів самостійно покинути приміщення, в якому не бажав перебувати).

Незаконне позбавлення волі або викрадення людини традиційно відносять до триваючих злочинів[67]. Разом із тим у літературі висловлювалась думка, що триваючим злочином є лише незаконне позбавлення волі, тоді як викрадення людини таким не є, оскільки викрадення апріорі не може вчинятися протягом тривалого проміжку часу. Так, Я.Г. Лизогуб підкреслює, що викрадення людини «через особливості юридичної конструкції не узгоджується з такою обставиною, як "вчинене протягом тривалого часу", оскільки остання створює абсурдне уявлення про його – викрадення – юридичну природу, адже момент закінчення цього злочину пов'язується лише з самим фактом вилучення потерпілого. Усі подальші дії, зокрема з приводу його утримання чи переміщення, не входять до юридичного складу викрадення, становлячи інші самостійні злочини, котрі потребують окремої кримінально-правової оцінки»[68]. На наш погляд, однозначно погодитись із наведеним твердженням не можна. Як видається, вказаний дослідник не враховує того, що, як і незаконне позбавлення волі, за своєю природою викрадення людини полягає насамперед у протиправному утримуванні потерпілої особи, яке починається з моменту встановлення контролю над нею і триває до моменту її звільнення. Утримування, зокрема, має місце і в період переміщення людини, адже в цей проміжок часу їй також перешкоджають вільно пересуватися (цього чомусь не беруть до уваги інші дослідники). Утримування, зрозуміло, може продовжуватись і пізніше – після переміщення особи до певного місця. У зв'язку з цим має рацію О.В. Ободовський, який вказує, що заперечення тези про те, що викрадення людини є триваючим злочином, призведе до двозначності в кримінально-правовій охороні свободи людини: якщо людину незаконно позбавили волі – можливості за власним вибором обирати та змінювати місце свого перебування, – то весь час, протягом якого ця людина не має такої можливості, вважатиметься часом вчинення злочину; якщо ж людина була протиправно позбавлена свободи, але внаслідок викрадення, то тоді її утримування злочином чомусь не вважатиметься[69].

Варто погодитись з науковцями, котрі підкреслюють, що початок суспільно небезпечного діяння об'єктивної сторони складу багатьох триваючих злочинів (у тому числі незаконного позбавлення волі) дещо «не схожий» на наступну «частину» діяння (вчинену після досягнення цим діянням стадії закінченого злочину). Вказане посягання полягає у тому, що «людина не просто одномоментно була позбавлена волі, а була позбавлена волі деякий час, протягом якого винний "контролював" становище потерпілого. Саме в цьому контролі й виражається суспільно небезпечне діяння – позбавлення волі. Навіть у ситуації, коли винний, незаконно позбавивши потерпілого волі, не вживає в подальшому жодних заходів для того, щоб позбавлення волі продовжувалося (зокрема, залишає місце, де перебуває потерпілий, не маючи наміру туди повертатися), все ж можемо говорити про згаданий вище контроль: винний усвідомлює, що потерпілий не зможе залишити приміщення без сторонньої допомоги, і розраховує на це, як розраховував на це від самого початку, коли зачиняв приміщення»[70]. Видається, що вказаний висновок цілком актуальний і для викрадення людини, у разі вчинення якого початок суспільно небезпечного діяння (встановлення контролю над потерпілою особою) дещо «не схожий» на наступну його «частину» (переміщення її за межі місця, в якому вона перебувала за своєю волею). Головне інше: увесь цей час людину незаконно утримують, здійснюють контроль за її пересуванням. Нагадаємо також, що після переміщення особи її незаконне утримування може продовжуватись у місці, куди її доставили. Зважаючи на викладене, маємо всі підстави віднести викрадення людини до триваючих злочинів.

Віднесення незаконного позбавлення волі або викрадення людини до триваючих злочинів означає, що з моменту фактичного позбавлення особи свободи пересування вказане діяння триває в часі вже на стадії закінченого злочину доти, доки потерпілий не буде звільнений (зуміє втекти, буде добровільно звільнений винними, працівниками правоохоронних органів чи іншими особами). Дії з утримування потерпілого, до яких винний приєднався після початку розглядуваного злочину і до його закінчення, слід вважати співвиконавством у ньому.

Як при викраденні людини, так і при незаконному позбавленні волі, не пов'язаному з її викраденням, можливими є різні способи вчинення вказаних посягань: застосування фізичного та (чи) психічного насильства, обман або зловживання довірою, використання безпорадного стану потерпілої особи. Аналіз судової практики засвідчує, що найпоширенішим способом є застосування фізичного насильства (насамперед для подолання опору потерпілої особи), при цьому такий спосіб більш характерний для викрадення людини.

Варто наголосити, що способами незаконного позбавлення людини свободи, не пов'язаного з її викраденням, можуть бути такі способи вчинення даного злочину, за яких винний безпосередньо не контактує з потерпілим (наприклад, зачинення людини в певному приміщенні без будь-якого фізичного чи психічного впливу на неї, невипускання потерпілого з приміщення, в якому він опинився за своєю волею, відібрання в нього засобів пересування тощо).

М.І. Хавронюк переконаний, що обов'язковою ознакою об'єктивної сторони незаконного позбавлення волі є місце. Вчений зазначає, що «позбавлення волі може полягати у триманні особи в місці, де вона взагалі не бажає або більше не бажає перебувати, або в поміщенні її в місце, яке вона не має змоги вільно залишити, хоча бажає цього. Таким місцем можуть бути як приміщення (кімната, камера, погріб тощо) чи комплекси приміщень (підвал багатоповерхового будинку, лікарня), так і інші місця (дах багатоповерхового будинку, транспортний засіб) чи місцевості (скеля, острів тощо)»[71]. На думку В.Г. Кундеуса, місце вчинення злочину

слід визнавати також обов'язковою ознакою викрадення людини. Науковець переконаний, що «важливою ознакою викрадення є як те середовище, місце перебування людини, звідки її викрадають, так і те місце, куди людину поміщають»[72]. Він підкреслює, що «від встановлення місця вилучення людини залежить сутність самого викрадення людини»[73]. На наш погляд, зараховувати місце вчинення злочину до обов'язкових ознак об'єктивної сторони незаконного позбавлення волі або викрадення людини немає підстав. Вочевидь, має рацію Т.В. Родіонова, коли зазначає, що «необхідно чітко відмежовувати матеріальне поняття "місце вчинення злочину" від його кримінально-процесуального аналога. Місце вчинення злочину, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 91 КПК України, належить до обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні. Як об'єктивна обставина, місце вчинення злочину притаманне кожному злочинному посяганню, оскільки будь-яке діяння завжди вчиняється суб'єктом у певному місці, тому знаходить відображення у процесуальних документах (зокрема, у протоколі огляду місця події). Натомість матеріальне поняття "місце вчинення злочину" постає лише як обов'язкова ознака складу злочину. Воно або безпосередньо передбачається в законі, або випливає з нього в результаті застосування прийомів тлумачення. Вказівка законодавця на певне місце вчинення злочину означає, що в разі вчинення діяння в іншому місці буде відсутнім склад певного злочину або наявним буде склад іншого злочину»[74]. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини, як і будь-яке інше діяння, завжди вчиняється в певному місці, що може мати доказове або інше процесуальне значення. Однак значення для кваліфікації розглядуваного злочину місце незаконного позбавлення волі або викрадення людини, на наш погляд, не має.

Час, протягом якого людину незаконно утримують, може бути різним. Аналіз судової практики засвідчив, що мінімальний проміжок часу, протягом якого утримували потерпілого від розглядуваного злочину – 4–5 хвилин[75], максимальний – понад 11 місяців[76]. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини, здійснюване протягом тривалого часу, визнане законодавцем обставиною, що обтяжує кримінальну відповідальність за цей злочин (ч. 2 ст. 146 КК України). Водночас у літературі неодноразово вказувалось, що в окремих випадках незначний час, протягом якого утримували особу, може свідчити про малозначність діяння[77]. Вочевидь, визнання поведінки суб'єкта малозначним діянням дійсно може мати місце, якщо позбавлення свободи пересування тривало лічені хвилини і саме така його тривалість охоплювалась умислом суб'єкта[78].

У спеціальній літературі неодноразово пропонувалося виокремити відповідальність за викрадення людини в окрему статтю КК України[79]. Відповідна пропозиція обґрунтовується передусім підвищеною суспільною небезпечністю викрадення людини порівняно з незаконним позбавленням волі, не пов'язаним з її викраденням, а також відмінностями їх об'єктивних та суб'єктивних ознак[80]. Не раз також наголошувалось, що викрадення людини є «найнебезпечнішою формою незаконного позбавлення волі»[81].

Здійснений аналіз, однак, дає підстави для висновку, що викрадення людини та незаконне позбавлення її волі насправді дуже подібні за своєю об'єктивною стороною. На наш погляд, відмінності між ними є незначними і полягають насамперед у тому, що викрадення людини неможливе без переміщення її за межі місця, в якому вона перебувала за своєю волею. Водночас необхідно підкреслити, що будь-яке викрадення людини, беззаперечно, є й актом незаконного позбавлення її свободи.

Отже, потрібно дати чітку відповідь на запитання: у чому конкретно полягає більша суспільна небезпека викрадення людини порівняно зі «звичайним» незаконним позбавленням її свободи? На жаль, дослідниками вона здебільшого констатується, але не обґрунтовується. Автор цих рядків переконаний, що встановлення контролю над людиною (як би його не називали – захопленням чи заволодінням) далеко не завжди свідчить про якісно інший ступінь суспільної небезпеки викрадення людини. Так само про підвищену суспільну небезпеку цього діяння далеко не завжди свідчить і факт переміщення людини за межі місця, в якому вона перебувала за своєю волею. Для прикладу, в одному випадку людину зачинили в холодному, сирому, темному підвалі, в іншому – перевезли на певну відстань в салоні комфортного автомобіля. На переконання автора, у запропонованих прикладах більшу небезпеку становить незаконне позбавлення людини волі без її переміщення.

Нерідко в якості позитивного наводиться зарубіжний досвід, який начебто заслуговує на запозичення в частині виокремлення самостійної статті про відповідальність за викрадення людини[82]. Насправді ж відповідний досвід є різним, і навряд чи коректно абсолютизувати досвід одних держав, ігноруючи досвід інших. Законодавці багатьох держав (зокрема, Азербайджану, Білорусі, Болгарії, Вірменії, Казахстану, Киргизстану, Латвії, Молдови, Німеччини, Росії, Сербії, Таджикистану, Туркменістану, Узбекистану, Швеції) дійсно передбачають відповідальність за незаконне позбавлення свободи та викрадення людини в різних статтях, тим самим розмежовуючи ці діяння. Однак немало законодавців (наприклад, Данії, Литви, Норвегії, Польщі, Франції, Швейцарії) об'єднує незаконне позбавлення волі та викрадення людини в межах однієї статті, не бачачи необхідності розосереджувати їх. Варто також зауважити, що досвід тих держав, які у своєму законодавстві викрадення людини виокремили в самостійну статтю, є дуже неоднозначним і активно критикується тамтешніми науковцями. Так, наприклад, російські дослідники майже одноголосно нарікають на те, що правозастосовна практика постійно стикається з серйозними труднощами, пов'язаними із розмежуванням викрадення людини та незаконного позбавлення її свободи. Причиною цього, на їх погляд, є відсутність описової диспозиції, в якій містилося б законодавче визначення «викрадення людини»[83].

Автор переконаний, що виокремлення викрадення людини в окрему статтю КК України не покращить правозастосовну практику, а навпаки ускладнить її. Вже зараз можна навести чимало прикладів того, як суди

надають вчиненому неправильну кримінально-правову оцінку. Поширеною, приміром, є практика кваліфікації очевидних випадків викрадення людини як незаконного позбавлення її волі, а не викрадення. Наприклад, як незаконне позбавлення волі Тернопільський міськрайонний суд Тернопільської області кваліфікував дії трьох співучасників, які, застосовуючи фізичну силу, посадили потерпілого в автомобіль та відвезли його до м. Тернополя, де утримували, зачинивши в приміщенні сушильної кімнати, на дев'ятому поверсі будинку[84]. Навряд чи варто сумніватись в тому, що за умов, коли критерії розмежування незаконного позбавлення волі та викрадення людини розмиті, виокремлення останнього діяння в окрему статтю КК України істотно ускладнить правозастосовну практику.

Таким чином, необхідності у виокремленні викрадення людини в самостійну статтю КК України немає[85] з огляду на відсутність для цього належних підстав. Більше того, у світлі викладеного вище постає питання про доцільність відмови від вказівки на викрадення людини як альтернативного незаконному позбавленню волі діяння. Вочевидь, такий варіант можливий*, адже незаконне позбавлення волі за своєю суттю охоплює й випадки викрадення людини. Утім, в інтересах правозастосовної практики (аби не дезорієнтувати її) згадку про викрадення людини в ст. 146 КК України все ж варто залишити. Зокрема, традиційним і загалом виправданим є вживання терміна «викрадення» для позначення відповідних злочинних дій, вчинених стосовно малолітніх дітей.

Звертає на себе увагу той факт, що в назві ст. 146 КК України, а також у диспозиції її ч. 1 вжито сполучник «або». Зауважимо, що в українській мові сполучник «або» «вживається на означення того, що з ряду перелічуваних предметів (явищ і т. ін.) можливий тільки один», «підкреслює взаємовиключення перелічуваних предметів, явищ і т. ін.»[86]. У зв'язку з цим варто ще раз підкреслити, що викрасти людину, незаконно не позбавивши її свободи, неможливо. З огляду на це використання сполучника «або» у ст. 146 КК є явно некоректним. Зазначимо, що використання сполучника «або» при формулюванні диспозиції вказаної норми не трапилося в жодному проаналізованому автором зарубіжному кримінальному законі.

Висновки. З огляду на викладене, назву ст. 146 КК України, а також диспозицію її ч. 1, слід викласти у такій редакції:

«Стаття 146. Викрадення людини чи інше незаконне позбавлення її свободи

1. Викрадення людини чи інше незаконне позбавлення її свободи».

---

[1] Див., наприклад: Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 10; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернєя. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 333.

[2] Амосов А.Е. Незаконное лишение свободы в уголовном праве России (виды и характеристика): дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Владимир, 2008. 199 с. С. 69.

[3] Снахова М.Р. Уголовно-правовая охрана личной свободы: дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2002. С. 100.

[4] Там само.

[5] Див., наприклад: Бойко Н.В. Ответственность за незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харьков, 1989. С. 11; Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 77, 86; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277.

[6] Терентьев В.И. Уголовное право Украины. Особенная часть. Конспект лекций. Николаев: Изд-во «Дизайн и полиграфия», 2007. С. 90.

[7] Бойко Н.В. Ответственность за незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харьков, 1989. С. 11; Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 86.

[8] Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. / Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

[9] Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. Харків: Право, 2013. Т. 2: Особлива частина / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. С. 107.

[10] Вирок Печерського районного суду м. Києва від 30 березня 2012 р. (справа № 1-819/11) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/22264476

[11] Вирок Ялтинського міського суду Автономної Республіки Крим від 13 січня 2014 р. (справа № 121/1820/13-к) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/36626135

[12] Уголовный кодекс Украинской ССР. Научно-практический комментарий / под общей ред. В.И. Зайчука. Киев: Изд-во политической литературы Украины, 1969. С. 281.

[13] Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Особлива частина. Коментарі до статей 109–447 Кримінального кодексу / під заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка. Київ: Форум, 2001. С. 109.

[14] Див., наприклад: Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 10; Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 79; Емельянов В.П. Терроризм и преступления с признаками терроризирования: уголовно-правовое исследование. Санкт-Петербург: Изд-тво «Юридический центр Пресс», 2002. С. 104.

---

* Зауважимо, що Н.В. Бойко ще у 1989 р. вважала недоцільним збереження в КК УРСР окремої статті про відповідальність за викрадення чужої дитини (Бойко Н.В. Ответственность за незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харьков, 1989. С. 12).

[15] Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277; Савченко А.В., Кузнецов В.В., Штанько О.Ф. Сучасне кримінальне право України: курс лекцій. Київ: Вид. Паливода А.В., 2006. С. 335.

[16] Шевчук А.В., Дякур М.Д. Кримінальне право України (Особлива частина): навч. посіб. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2013. С. 63.

[17] Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. Київ: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. Т. 1 / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. С. 378.

[18] Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. Особлива частина. Коментарі до статей 109–447 Кримінального кодексу / під заг. ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка. Київ: Форум, 2001. С. 110.

[19] Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 10, 84.

[20] Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 434.

[21] Див., наприклад: Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 10; Шевчук А.В., Дякур М.Д. Кримінальне право України (Особлива частина): навч. посіб. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2013. С. 63.

[22] Див., наприклад: Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 79–80; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 434; Кваліфікація злочинів: навч. посіб. / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ: Істина, 2011. С. 241; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. Київ: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. Т. 1 / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. С. 378.

[23] Див., наприклад: Акімов М.О. Кримінально-правова охорона свободи особи: проблеми та шляхи вирішення. *Науковий вісник Сіверщини.* 2018. № 1 (3). С. 143 (Серія «Право»); Кундеус В.Г. Кримінально-правова характеристика викрадення: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2004. С. 66.

[24] Кримінальне право України: Особлива частина / за заг. ред. Є.Л. Стрельцова. Харків: Одіссей, 2009. С. 52.

[25] Кундеус В.Г. Кримінально-правова характеристика викрадення: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2004. С. 66.

[26] Кримінальне право України: навч.-метод. посіб. / за ред. В.О. Тулякова. Одеса: Фенікс, 2011. С. 109.

[27] Див., наприклад: Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар / відп. ред. Є.Л. Стрельцов. Харків: Одіссей, 2012. С. 276; Зубкова В.И. Ответственность за преступления против личности по законодательству России. Москва: Норма, 2005. С. 182.

[28] Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 434.

[29] Там само. С. 381.

[30] Там само. С. 140.

[31] Кундеус В.Г. Кримінально-правова характеристика викрадення: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2004. С. 64–65.

[32] Гаджиев С.Н. Теоретические и практические аспекты квалификации похищения человека: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Махачкала, 2005. С. 10.

[33] Ушакова Е.В. Уголовно-правовые и криминологические меры противодействия похищению человека: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2012. С. 6.

[34] Навроцький В.О. Перспективи кримінально-правової регламентації торгівлі людьми торгівлі людьми та деяких суміжних посягань. *Протидія незаконній міграції та торгівлі людьми:* матеріали ІІІ Міжнародного наук.-практ. симпозіуму (м. Івано-Франківськ, 12–13 квітня 2019 р.). Івано-Франківськ, 2019. С. 123.

[35] Д.Я. Зайдієва, наприклад, зазначає, що заволодіння людиною передбачає «фактичне панування (рос. – «господство») викрадача» (Зайдиева Д.Я. Уголовно-правовая охрана личной свободы человека: дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2006. С. 72).

[36] Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ: ВД «Дакор», 2013. С. 109.

[37] Архів Красноградського районного суду Харківської обл. за 2017 рік. Справа № 626/64/17.

[38] Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ: ВД «Дакор», 2013. С. 110.

[39] Архів Красноармійського міськрайонного суду Донецької обл. за 2012 рік. Справа № 1/0529/238/2012.

[40] Див., наприклад: Емельянов В.П. Терроризм и преступления с признаками терроризирования: уголовно-правовое исследование. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. С. 104; Кундеус В.Г. Кримінально-правова характеристика викрадення: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2004. С. 60–61; Энциклопедия уголовного права. Санкт-Петербург: Издание профессора Малинина – СПб ГКА, 2010. Т. 14: Преступления против свободы, чести и достоинства личности. С. 69, 71.

[41] Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 918.

[42] Оганян Р.Э. Криминологическая теория и практика предупреждения преступлений, связанных с похищением людей: дисс. … д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2002. С. 63.

[43] Див., наприклад: Бойко Н.В. Ответственность за незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харьков, 1989. С. 11; Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 9; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. Київ: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. Т. 1 / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. С. 378.

[44] Вирок Полтавського районного суду Полтавської обл. від 22 лютого 2012 р. (справа № 1625/178/2012) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/21668081; Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 17 квітня 2012 р. (справа № 1/2609/498/12) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/22641095

[45] Приговор Волчанского районного суда Харьковской обл. от 1 ноября 2011 г. (дело № 2008/1-207/11) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/19242202

[46] Приговор Каменско-Днепровского районного суда Запорожской обл. от 4 апреля 2012 г. (дело № 811/557/2012) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/26588545

[47] Вирок Олевського районного суду Житомирської обл. від 17 вересня 2012 р. (справа № 1-97/12) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/27022125; Вирок Кременецького районного суду Тернопільської обл. від 10 жовтня 2012 р. (справа № 1909/2299/2012) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/27277231

[48] Вирок Олевського районного суду Житомирської обл. від 17 вересня 2012 р. (справа № 1-97/12) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/27022125; Вирок Шаргородського районного суду Вінницької обл. від 20 листопада 2014 р. (справа № 152/2002/14-к) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/41488774

[49] Приговор Краснолиманского городского суда Донецкой обл. от 27 сентября 2011 г. (дело № 1-348/11) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/19723302

[50] Приговор Криворожского районного суда Днепропетровской обл. от 13 октября 2011 г. (дело № 1-171/11) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/18835857

[51] Никулина Е.В. Анализ уголовно-правовых проблем похищения человека и его криминологическая характеристика в Северо-Кавказском регионе: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2006. С. 20.

[52] Архів Червонозаводського районного суду м. Харкова за 2014 рік. Справа № 646/291/14-к.

[53] Потапкин С.Н. Незаконное лишение свободы по российскому уголовному праву: дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Нижний Новгород, 2003. С. 101.

[54] Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 1521.

[55] Див., наприклад: Бойко Н.В. Ответственность за незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харьков, 1989. С. 15; Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 9; Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ: ВД «Дакор», 2013. С. 110; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за заг. ред. О.М. Джужі, А.В. Савченка, В.В. Чернєя. Київ: Юрінком Інтер, 2016. С. 334.

[56] Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277; Зубкова В.И. Ответственность за преступления против личности по законодательству России. Москва: Норма, 2005. С. 183.

[57] Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277.

[58] Див., наприклад: Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 10; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. Київ: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. Т. 1 / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. С. 379; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277.

[59] Савченко А.В., Кузнецов В.В., Штанько О.Ф. Сучасне кримінальне право України: курс лекцій. Київ: Вид. Паливода А.В., 2006. С. 335.

[60] Кримінальне право України: навч.-метод. посіб. / за ред. В.О. Тулякова. Одеса: Фенікс, 2011. С. 109.

[61] Акімов М.О. Кримінально-правова охорона свободи особи: проблеми та шляхи вирішення. *Науковий вісник Сіверщини.* 2018. № 1 (3). С. 145, 147 (Серія «Право»).

[62] Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Київ: ВД «Дакор», 2013. С. 110.

[63] Зубкова В.И. Ответственность за преступления против личности по законодательству России. Москва: Норма, 2005. С. 183.

[64] Бойко Н.В. Ответственность за незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву: дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харьков, 1989. С. 61.

[65] Никулина Е.В. Анализ уголовно-правовых проблем похищения человека и его криминологическая характеристика в Северо-Кавказском регионе: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2006. С. 12.

[66] Див., наприклад: Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 10; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277.

[67] Див., наприклад: Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 10; Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Одиничні злочини: поняття, види, кваліфікація: монографія. Харків: Видавництво «ФІНН», 2010. С. 65; Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. Київ: Алерта; КНТ; Центр учбової літератури, 2009. Т. 1 / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. С. 379; Ободовський О.В. Триваючі злочини у кримінальному праві України: монографія. Одеса: Юридична література, 2016. С. 122–124, 133.

[68] Лизогуб Я. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК України): деякі проблеми кваліфікованого складу. *Право України*. 2008. № 10. С. 128.

[69] Ободовський О.В. Триваючі злочини у кримінальному праві України: монографія. Одеса: Юридична література, 2016. С. 123. Дослідник, однак, виходить з того, що триваючий характер викрадення людини пов'язаний з *подальшим її утримуванням*, яке «на даний час охоплюється формулюванням "викрадення людини"» (див. Ободовський О.В. Вказана праця. С. 123–124).

[70] Ободовський О.В. Триваючі злочини у кримінальному праві України: монографія. Одеса: Юридична література, 2016. С. 81–82.

[71] Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 434.

[72] Кундеус В.Г. Кримінально-правова характеристика викрадення: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2004. С. 66.

[73] Там само. С. 67.

[74] Родіонова Т.В. Місце вчинення злочину за кримінальним правом України: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2018. С. 43–44.

[75] Вирок Геніческого районного суду Херсонської обл. від 17 грудня 2015 р. (справа № 653/2988/15-к) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/55045211

[76] Вирок Орджонікідзевського районного суду м. Запоріжжя від 2 липня 2018 р. (справа № 335/2131/18) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75169043

[77] Див., наприклад: Кримінальне право України: навч.-метод. посіб. / за ред. В.О. Тулякова. Одеса: Фенікс, 2011. С. 109; Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277.

[78] Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / відп. ред. С.С. Яценко. Київ: А.С.К., 2006. С. 277.

[79] Див., наприклад: Акімов М.О. Кримінально-правова охорона свободи особи: проблеми та шляхи вирішення. *Науковий вісник Сіверщини.* 2018. № 1 (3). С. 144, 146, 147 (Серія «Право»); Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 85; Кабанець Л.В. Засоби запобігання незаконному позбавленню волі або викраденню людини: міжнародний досвід: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Ірпінь, 2019. С. 4, 12–13; Лизогуб Я. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК України): деякі проблеми кваліфікованого складу. *Право України*. 2008. № 10. С. 129; Політова А.С. Кримінально-правова характеристика злочинів проти свободи особи за законодавством України: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2007. С. 5, 9, 16–17.

[80] Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 85.

[81] Див., наприклад: Борисов В.І. Злочини проти волі, честі та гідності особи. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості (Лекція 6 та 7). Харків: Видавець ФО-П Вапнярчук Н.М., 2008. С. 10; Емельянов В.П. Терроризм и преступления с признаками терроризирования: уголовно-правовое исследование. Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. С. 103.

[82] Див., наприклад: Володіна О.О. Кримінальна відповідальність за викрадення людини (аналіз складу злочину): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2003. С. 32; Лизогуб Я. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК України): деякі проблеми кваліфікованого складу. *Право України*. 2008. № 10. С. 129.

[83] Див., наприклад: Донцов А.В. Похищение человека: уголовно-правовой аспект: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Ростов-на-Дону, 2003. С. 8, 14; Зайдиева Д.Я. Уголовно-правовая охрана личной свободы человека: дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2006. С. 60; Казамиров А.И. Уголовно-правовая защита права человека на свободу: дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Рязань, 2003. С. 90; Петров П.К. Уголовно-правовые и криминологические аспекты похищения человека: автореф. дисс. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Челябинск, 2010. С. 11; Энциклопедия уголовного права. Санкт-Петербург: Издание профессора Малинина – СПб ГКА, 2010. Т. 14: Преступления против свободы, чести и достоинства личности. С. 46, 47.

[84] Вирок Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської обл. від 8 квітня 2011 р. (справа № 1-92/11) / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/16512600

[85] Зазначимо, що раніше автор поділяв протилежну точку зору (див.: Андрушко А.В. Розмежування незаконного позбавлення волі або викрадення людини та захоплення заручників. *Науковий вісник Херсонського державного університету.* 2017. Вип. 6. Т. 3. С. 49 (Серія «Юридичні науки»).

[86] Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 2.

References:

Borysov, V.I. (2008). Zlochyny proty voli, chesti ta hidnosti osoby. Zlochyny proty statevoi svobody ta statevoi nedotorkanosti (Lektsiia 6 ta 7). Kharkiv: Vydavets FO-P Vapniarchuk N.M. [in Ukrainian].

Dzhuzha, O.M., Savchenko, A.V., Cherniei, V.V. (red.). (2016). Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

Amosov, A.Ye. (2008). Nezakonnoye lisheniye svobody v ugolovnom prave Rossii (vidy i kharakteristika): diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Vladimir [in Russian].

Snakhova, M.R. (2002). Ugolovno-pravovaya okhrana lichnoy svobody: diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Moskva [in Russian].

Boyko, N.V. (1989). Otvetstvennost' za nezakonnoye lisheniye svobody po sovetskomu ugolovnomu pravu: avtoref. diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Khar'kov [in Russian].

Volodina, O.O. (2003). Kryminalna vidpovidalnist za vykradennia liudyny (analiz skladu zlochynu): dys. … kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Kharkiv, 2003 [in Ukrainian].

Yatsenko, S.S. (red.). (2006). Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Kyiv: A.S.K. [in Ukrainian].

Terent'yev, V.I. (2007). Ugolovnoye pravo Ukrainy. Osobennaya chast'. Konspekt lektsiy. Nikolayev: Izd-vo «Dizayn i poligrafiya» [in Russian].

Konventsiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod (1950, 4 lystopada). *Zakonodavstvo Ukrainy*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 [in Ukrainian].

Tatsij, V.Ia., Pshonka, V.P., Borysov, V.I., Tiutiuhin, V.I. (red.). (2013). Kryminalnyi kodeks Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar: u 2 t. T. 2: Osoblyva chastyna. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

Vyrok Pecherskoho raionnoho sudu m. Kyieva (2012, 30 bereznia). Sprava № 1-819/11. *Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen*. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/22264476 [in Ukrainian].

Vyrok Yaltynskoho miskoho sudu Avtonomnoi Respubliky Krym (2014, 13 sichnia). Sprava № 121/1820/13-k. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/36626135 [in Ukrainian].

Zaychuk, V.I. (red.). (1969). Ugolovnyy kodeks Ukrainskoy SSR. Nauchno-prakticheskiy kommentariy. Kiyev: Izdatel'stvo politicheskoy literatury Ukrainy [in Russian].

Potebenko, M.O., Honcharenko, V.H. (red.). (2001). Naukovo-praktychnyi komentar do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Osoblyva chastyna. Komentari do statei 109–447 Kryminalnoho kodeksu. Kyiv: Forum [in Ukrainian].

Yemel'yanov, V.P. (2002). Terrorizm i prestupleniya s priznakami terrorizirovaniya: ugolovno-pravovoye issledovaniye. Sankt-Peterburg: Izdatel'stvo «Yuridicheskiy tsentr Press» [in Russian].

Savchenko, A.V., Kuznetsov, V.V., Shtanko, O.F. (2006). Suchasne kryminalne pravo Ukrainy: kurs lektsii. Kyiv: Vyd. Palyvoda A.V. [in Ukrainian].

Shevchuk, A.V., Diakur, M.D. (2013). Kryminalne pravo Ukrainy (Osoblyva chastyna): navch. posib. Chernivtsi: Chernivetskyi nats. un-t [in Ukrainian].

Andrushko, P.P., Honcharenko, V.H., Fesenko, Ye.V. (red.). (2009). Naukovo-praktychnyi komentar do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: u 2 t. T. 1. Kyiv: Alerta; KNT; Tsentr uchbovoi literatury, 2009 [in Ukrainian].

Melnyk, M.I., Khavroniuk, M.I. (red.). (2018). Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Kyiv: VD «Dakor», 2018 [in Ukrainian].

Dudorov, O.O., Pysmenskyi, Ye.O. (red.). (2011). Kvalifikatsiia zlochyniv: navch. posib. / za red. Kyiv: Istyna [in Ukrainian].

Akimov, M.O. (2018). Kryminalno-pravova okhorona svobody osoby: problemy ta shliakhy vyrishennia. *Naukovyi visnyk Sivershchyny. Seriia: Pravo*. 1 (3) [in Ukrainian].

Kundeus, V.H. (2004). Kryminalno-pravova kharakterystyka vykradennia: dys. … kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Kharkiv [in Ukrainian].

Streltsov, Ye.L. (red.). (2009). Kryminalne pravo Ukrainy: Osoblyva chastyna. Kharkiv: Odissei [in Ukrainian].

Tuliakov, V.O. (red.). (2011). Kryminalne pravo Ukrainy: navch.-metod. posib. Odesa: Feniks [in Ukrainian].

Zubkova, V.I. (2005). Otvetstvennost' za prestupleniya protiv lichnosti po zakonodatel'stvu Rossii. Moskva: Norma [in Russian].

Busel, V.T. (red.). (2005). Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy (z dod. i dopov.). Kyiv; Irpin: VTF «Perun» [in Ukrainian].

Gadzhiyev, S.N. (2005). Teoreticheskiye i prakticheskiye aspekty kvalifikatsii pokhishcheniya cheloveka: avtoref. diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Makhachkala [in Russian].

Ushakova, Ye.V. (2012). Ugolovno-pravovyye i kriminologicheskiye mery protivodeystviya pokhishcheniyu cheloveka: avtoref. diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Moskva [in Russian].

Navrotskyi, V.O. (2019). Perspektyvy kryminalno-pravovoi rehlamentatsii torhivli liudmy torhivli liudmy ta deiakykh sumizhnykh posiahan. Protydiia nezakonnii mihratsii ta torhivli liudmy: materialy III Mizhnarodnoho naukovo-praktychnoho sympoziumu (m. Ivano-Frankivsk, 12–13 kvitnia 2019 roku). Ivano-Frankivsk [in Ukrainian].

Zaydiyeva, D.Ya. (2006). Ugolovno-pravovaya okhrana lichnoy svobody cheloveka: diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Moskva [in Russian].

Dudorov, O.O., Pysmenskyi, Ye.O. (red.). (2013). Kryminalne pravo (Osoblyva chastyna): pidruchnyk. Kyiv: VD «Dakor» [in Ukrainian].

Arkhiv Krasnohradskoho raionnoho sudu Kharkivskoi obl. (2017). Sprava № 626/64/17 [in Ukrainian].

Arkhiv Krasnoarmiiskoho miskraionnoho sudu Donetskoi obl. (2012). Sprava № 1/0529/238/2012 [in Ukrainian].

Entsiklopediya ugolovnogo prava. (2010). T. 14. Prestupleniya protiv svobody, chesti i dostoinstva lichnosti. Sankt-Peterburg: Izdaniye professora Malinina – SPb GKA, 2010 [in Russian].

Oganyan, R.E. (2002). Kriminologicheskaya teoriya i praktika preduprezhdeniya prestupleniy, svyazannykh s pokhishcheniyem lyudey: diss. … dokt. yurid. nauk: 12.00.08. Moskva [in Russian].

Vyrok Poltavskoho raionnoho sudu Poltavskoi obl. (2012, 22 liutoho). Sprava № 1625/178/2012. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/21668081 [in Ukrainian].

Vyrok Solomianskoho raionnoho sudu m. Kyieva (2012, 17 kvitnia). Sprava № 1/2609/498/12. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/22641095 [in Ukrainian].

Prigovor Volchanskogo rayonnogo suda Harkovskoy obl. (2011, 1 noyabrya). Delo № 2008/1-207/11. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/19242202 [in Russian].

Prigovor Kamensko-Dneprovskogo rayonnogo suda Zaporozhskoy obl. (2012, 4 aprelya). Delo № 811/557/2012. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/26588545 [in Russian].

Vyrok Olevskoho raionnoho sudu Zhytomyrskoi obl. (2012, 17 veresnia). Sprava № 1-97/12. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/27022125 [in Ukrainian].

Vyrok Kremenetskoho raionnoho sudu Ternopilskoi obl. (2012, 10 zhovtnia). Sprava № 1909/2299/2012. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/27277231 [in Ukrainian].

Vyrok Sharhorodskoho raionnoho sudu Vinnytskoi obl. (2014, 20 lystopada). Sprava № 152/2002/14-k). Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/41488774 [in Ukrainian].

Prigovor Krasnolimanskogo gorodskogo suda Donetskoy obl. (2011, 27 sentyabrya). Delo № 1-348/11. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/19723302 [in Russian].

Prigovor Krivorozhskogo rayonnogo suda Dnepropetrovskoy obl. (2011, 13 oktyabrya). Delo № 1-171/11. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/18835857 [in Russian].

Nikulina, Ye.V. (2006). Analiz ugolovno-pravovykh problem pokhishcheniya cheloveka i yego kriminologicheskaya kharakteristika v Severo-Kavkazskom regione: avtoref. diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Moskva [in Russian].

Arkhiv Chervonozavodskoho raionnoho sudu m. Kharkova (2014). Sprava № 646/291/14-k [in Ukrainian].

Potapkin, S.N. (2003). Nezakonnoye lisheniye svobody po rossiyskomu ugolovnomu pravu: diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Nizhniy Novgorod [in Russian].

Zinchenko, I.O., Tiutiuhin, V.I. (2010). Odynychni zlochyny: poniattia, vydy, kvalifikatsiia: monohrafiia. Kharkiv: Vydavnytstvo «FINN» [in Ukrainian].

Obodovskyi, O.V. (2016). Tryvaiuchi zlochyny u kryminalnomu pravi Ukrainy: monohrafiia. Odesa: Yurydychna literatura [in Ukrainian].

Lyzohub, Ya. (2008). Nezakonne pozbavlennia voli abo vykradennia liudyny (st. 146 KK Ukrainy): deiaki problemy kvalifikovanoho skladu. *Pravo Ukrainy*. 10 [in Ukrainian].

Rodionova, T.V. (2018). Mistse vchynennia zlochynu za kryminalnym pravom Ukrainy: dys. … kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Odesa [in Ukrainian].

Vyrok Henicheskoho raionnoho sudu Khersonskoi obl. (2015, 17 hrudnia). Sprava № 653/2988/15-k. Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/55045211 [in Ukrainian].

Vyrok Ordzhonikidzevskoho raionnoho sudu m. Zaporizhzhia (2 lypnia 2018). Sprava № 335/2131/18). Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/75169043 [in Ukrainian].

Kabanets, L.V. (2019). Zasoby zapobihannia nezakonnomu pozbavlenniu voli abo vykradenniu liudyny: mizhnarodnyi dosvid: avtoref. dys. … kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Irpin [in Ukrainian].

Politova, A.S. (2007). Kryminalno-pravova kharakterystyka zlochyniv proty svobody osoby za zakonodavstvom Ukrainy: avtoref. dys. … kand. yuryd. nauk: 12.00.08. Kyiv [in Ukrainian].

Dontsov, A.V. (2003). Pokhishcheniye cheloveka: ugolovno-pravovoy aspekt: avtoref. diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Rostov-na-Donu [in Russian].

Kazamirov, A.I. (2003). Ugolovno-pravovaya zashchita prava cheloveka na svobodu: diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Ryazan' [in Russian].

Petrov, P.K. (2010). Ugolovno-pravovyye i kriminologicheskiye aspekty pokhishcheniya cheloveka: avtoref. diss. … kand. yurid. nauk: 12.00.08. Chelyabinsk [in Russian].

Vyrok Ternopilskoho miskraionnoho sudu Ternopilskoi obl. (2011, 8 kvitnia). Sprava № 1-92/11). Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen. Retrieved from http://reyestr.court.gov.ua/Review/16512600 [in Ukrainian].

Andrushko, A.V. (2017). Rozmezhuvannia nezakonnoho pozbavlennia voli abo vykradennia liudyny ta zakhoplennia zaruchnykiv. *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu. Seriia: Yurydychni nauky*. Vyp. 6. Tom 3 [in Ukrainian].

Резюме

Андрушко А.В. **Об'єктивна сторона незаконного позбавлення волі або викрадення людини.**

У статті на підставі аналізу кримінального законодавства, судової практики та спеціальної літератури досліджено дискусійні питання об'єктивної сторони незаконного позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 Кримінального кодексу України). Підкреслюється, що необхідності у виокремленні викрадення людини в самостійну статтю КК України немає. Оскільки викрасти людину, незаконно не позбавивши її свободи, неможливо, явно некоректним визнано використання законодавцем сполучника «або» у ст. 146 КК України.

Ключові слова: злочини проти волі, честі та гідності особи, незаконне позбавлення волі або викрадення людини, об'єктивна сторона злочину, кримінально-правова кваліфікація.

Резюме

Андрушко А.В. **Объективная сторона незаконного лишения свободы или похищения человека.**

В статье на основании анализа уголовного законодательства, судебной практики и специальной литературы исследованы дискуссионные вопросы объективной стороны незаконного лишения свободы или похищения человека (ст. 146 Уголовного кодекса Украины). Подчеркивается, что необходимости в выделении похищения человека в самостоятельную статью УК Украины нет. Поскольку похитить человека, незаконно не лишив его свободы, невозможно, явно некорректным признано использование законодателем союза «или» в ст. 146 УК Украины.

Ключевые слова: преступления против свободы, чести и достоинства личности, незаконное лишение свободы или похищение человека, объективная сторона преступления, уголовно-правовая квалификация.

Summary

Andriy Andrushko**. Actus reus (material element) of unlawful deprivation of liberty or abduction.**

The article examines the contested issues of the actus reus (material element) of unlawful deprivation of liberty or abduction based on an analysis of criminal law, case law and special literature.

The scientific perspectives on the differences between unlawful deprivation of liberty or abduction have been analyzed. It is concluded that abduction and unlawful deprivation of liberty, not related to abduction, are very similar in their actus reus (material elements). The differences between them are insignificant and are, first of all, that abduction of a person is impossible without moving that person beyond the place where he/she willingly resided. At the same time, it is emphasized that any abduction of a person is undoubtedly an act of unlawful deprivation of his/her liberty.

It has been concluded that the act in question, both in the form of unlawful deprivation of liberty and in the form of abduction, should be considered as completed from the moment when a person was actually deprived of his/her freedom of movement.

It has been proven that unlawful deprivation of liberty or abduction is a continuing crime. This means that from the moment of actual deprivation of a person's freedom of movement, the said action continues for a long time at the stage of the completed crime until the victim is released (is able to escape, is voluntarily released by the guilty or law enforcement officials).

Both in the case of abduction and unlawful deprivation of liberty not related to the abduction, different ways of committing these offenses are possible. The most common way is the use of physical violence; it is noted that this method is more characteristic of abduction.

It is concluded that unlawful deprivation of liberty or abduction, like any other act, is always perpetrated in a certain place, which may have probative or other procedural significance. However, the place of unlawful deprivation of liberty or abduction is of no importance for the qualification of the crime in question.

It is emphasized that there is no need to separate the abduction of a person into an independent article of the Criminal Code of Ukraine. The author argues that the respective step of the legislator will not improve the law enforcement practice, but on the contrary – will complicate it.

Since it is impossible to abduct a person without unlawfully depriving him/her of liberty, the use of the conjunction "or" in Art. 146 of the Criminal Code of Ukraine is determined to be obviously improper. In this regard, the name of Art. 146 of the Criminal Code of Ukraine, as well as the disposition of Part 1 thereof, are set out in a new wording.

Key words: crimes against liberty, honor and dignity of a person, unlawful deprivation of liberty or abduction, actus reus (material element) of crime, criminal qualification.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.54
УДК 343.343.6+351.746.1

Ю.Б. КУРИЛЮК

Юрій Богданович Курилюк, *кандидат юридичних наук, полковник, начальник управління адміністративної юрисдикції Департаменту охорони державного кордону Адміністрації Державної прикордонної служби України*[*]

ORCID: 0000-0002-4035-4431

НЕЗАКОННЕ ПЕРЕТИНАННЯ ДЕРЖАВНОГО КОРДОНУ УКРАЇНИ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ

Постановка проблеми. На сучасному етапі розвитку міжнародної спільноти одне з її першочергових завдань – запобігання та врегулювання конфліктів, тому особливу увагу держави приділяють необхідності суворого дотримання міжнародно-правових принципів територіальної цілісності та непорушності державних кордонів[1]. У цих складних соціально-політичних умовах правова політика України як рівноправного члена світового співтовариства викликає неабияку увагу світової спільноти, очікування якої є певним застереженням при формуванні правових засад Української держави.

При цьому особливе значення для протидії небезпечним викликам у всіх сферах життєдіяльності України має стан кримінально-правової доктрини, кримінального законодавства і правозастосування. Водночас, як зазначає В.А. Мисливий, практика показує, що кримінальне право продовжує залишатися найбільш гострою зброєю щодо подолання небезпек, що виникають, важлива роль в якій належить таким відомим соціально-політичним феноменам, як криміналізація та декриміналізація[2].

Кримінально-правова політика України щодо забезпечення прикордонної безпеки держави упродовж багатьох років піддавалася постійному корегуванню як в бік посилення відповідальності, так і зменшення кримінально-правового впливу. Зокрема, як відомо, в українському законодавстві тривалий час існувала кримінальна відповідальність за незаконне перетинання державного кордону України, передбачена ст. 331 КК України, яку 2004 р. було декриміналізовано. Ця позиція законодавця одразу спровокувала довготривалу дискусію щодо доцільності такого кроку. Низка науковців порушували питання щодо сумнівності декриміналізації незаконного перетинання державного кордону[3], а деякі навпаки наголошували, що виключення з КК України ст. 331 було прикладом надмірної криміналізації в існуючій редакції норми[4].

Законодавець, прислуховуючись до думки теоретиків і практиків, вчиняв дії щодо повторної криміналізації зазначеного діяння. Тільки 2018 року у Верховній Раді України було зареєстровано шість відповідних законопроєктів, але з різним змістом.

Так, проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне перетинання державного кордону» (реєстр. № 7017) та альтернативний йому (реєстр. № 7017-1) присвячувалися встановленню кримінальної відповідальності за незаконне перетинання державного кордону України виключно особами, які мали громадянство (підданство) держави-агресора, або інших осіб в інтересах держави-агресора, що суперечили національним інтересам України. Іншими проєктами законів України «Про тимчасово окуповану Російською Федерацією територію України» (реєстр. № № 6400 та 6400-2) та «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України над тимчасово окупованими територіями» (реєстр. 7163-1) пропонувалося криміналізувати незаконне перетинання державного кордону України виключно те, що поєднане із застосуванням зброї або спеціальних засобів активної оборони. Законопроєктом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відновлення кримінальної відповідальності за незаконне перетинання державного кордону України» (реєстр. № 8131) було запропоновано криміналізувати усі діяння, пов'язані з незаконним перетинанням державного кордону, повністю скасувавши відповідну адміністративну відповідальність.

Зрештою, 18 жовтня 2018 р. Верховною Радою України схвалено Закон України № 2599-VIII, яким доповнено КК України новою ст. 332-2 та встановлено кримінальну відповідальність за перетинання державного кордону України з метою заподіяння шкоди інтересам держави або особою, якій заборонено в'їзд на територію України, або представниками підрозділів збройних сил чи інших силових відомств держави-агресора у будь-який спосіб поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів або за документами, що містять недостовірні відомості.

Проте, криміналізувавши зазначені діяння, адміністративну відповідальність, передбачену ст. 204-1 КУпАП, законодавцем залишено в силі, що ускладнює кримінально-правову кваліфікацію вказаного злочину.

© Ю.Б. Курилюк, 2019

[*] ***Yurii Kuryliuk,*** *Ph.D. in Law, Head of Department of Administrative Jurisdiction of Directorate of State Border Protection of Administration of State Border Guard Service of Ukraine*

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемі відповідальності за незаконне перетинання державного кордону України присвячена незначна кількість наукових праць. Серед них роботи О.Ф. Бантишева, Л.В. Дорош, С.А. Кузьміна, Т.Є. Огнєва, А.М. Притули, Ю.П. Степанової, Є.Л. Стрельцова, В.В. Фєдосєєва, М.І. Хавронюка та деяких інших.

Упродовж 2018–2019 рр. вийшли друком одна наукова стаття[5] та один науково-практичний коментар КК України[6], якими надано відповідні коментарі злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України. Ці роботи розкривають погляди науковців на проблему складу злочину за незаконне перетинання державного кордону України, щоправда, вони не позбавлені певних вад і потребують коригування та удосконалення.

Формулювання мети статті. Виходячи з означених міркувань, метою цієї статті є формування авторського підходу щодо складу злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, задля забезпечення ефективної кваліфікації цього діяння як у теорії кримінального права, так і в правозастосовній сфері.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що юридична конструкція складу будь-якого злочину містить у собі такі елементи: об'єкт, об'єктивну сторону, суб'єкт, суб'єктивну сторону. У разі відсутності хоча б одного з них кримінальна відповідальність особи не настає за відсутності в її діях складу злочину. Кожен із цих елементів, сукупність яких утворює склад злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, розглянемо нижче.

Першочерговим елементом складу злочину, який необхідно встановити, є його об'єкт. У цій статті не варто окреслювати загальне поняття об'єкта злочину, однак слід зазначити, що в теорії кримінального права з цього приводу існують різні погляди. У сучасному розумінні його поняття встановилася думка щодо загального об'єкта злочину у вигляді охоронюваних кримінальним законом суспільних відносин.

На думку А.М. Притули, родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, є суспільні відносини, що забезпечують обороноздатність України, її незалежність, територіальну цілісність та недоторканність, а безпосереднім – встановлений законодавством порядок перетинання державного кордону України[7].

Проте наведена позиція автора є надто узагальненою і створює певну плутанину й ототожнення родового об'єкта злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, з родовим об'єктом злочинів проти основ національної безпеки України.

Так, на думку О.А. Чувакова, під родовим об'єктом злочинів, передбачених розділом I Особливої частини КК України, треба розуміти сукупність суспільних відносин із забезпечення захисту конституційного ладу, суверенітету, територіальної недоторканності, обороноздатності та інших життєво важливих інтересів[8]. Схожою є позиція М.А. Рубащенка, який зазначає, що родовим об'єктом цих злочинів є суспільні відносини, що забезпечують такі основи національної безпеки України, які визначають саме існування Українського народу, збереження його самобутньої культури та єдності, а також існування України як суверенної, незалежної, демократичної, соціальної і правової держави: її конституційний лад, суверенітет, територіальну цілісність і недоторканність, обороноздатність, економічну та інформаційну безпеку тощо[9].

Зазначені твердження свідчать про хибність віднесення до охоронюваних ст. 332-2 КК України суспільних відносин тих, які забезпечують незалежність держави, оскільки саме вони є тими фундаментальними основами національної безпеки України, кримінально-правова охорона яких забезпечується іншим розділом КК України.

Думається, що родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, слід уважати однорідні суспільні відносини, які охоплюють певну галузь суспільного життя – прикордонну безпеку України, порушення яких заподіює суспільно небезпечну шкоду складовим цієї галузі – обороні держави, захисту її кордону, суверенітету, територіальної цілісності та недоторканності. Безпосереднім же об'єктом цього злочину є суспільні відносини, які забезпечують нормативно встановлений і врегульований порядок перетинання державного кордону України.

Ще одним обов'язковим елементом складу злочину є його об'єктивна сторона. В.М. Кудрявцев зазначає, що об'єктивна сторона злочину – це процес суспільно небезпечного і протиправного посягання на охоронюваний кримінальним законом об'єкт, послідовного розвитку тих подій і явищ, що починаються зі злочинного діяння суб'єкта і закінчуються настанням злочинного наслідку чи загрози його настання[10]. Об'єктивна сторона складу злочину – це сукупність передбачених законом ознак, які характеризують зовнішній вияв суспільно небезпечного діяння, що посягає на об'єкти кримінально-правової охорони, а також об'єктивні чинники, з якими пов'язане це діяння[11].

Основною ознакою цього елементу складу злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, є суспільно небезпечна дія. При цьому, на слушну думку А.М. Притули, така дія «полягає в активних діях із фізичного переміщення через державний кордон (навряд чи можна його перетнути шляхом бездіяльності)»[12].

Під суспільно небезпечною дією незаконного перетинання державного кордону України слід розуміти активну поведінку особи, яка спрямована на цілеспрямоване порушення нею приписів відповідних нормативно-правових актів щодо встановленого порядку перетинання державного кордону України та може проявитися у декількох формах: 1) будь-яким способом (пішки, на автотранспорті, вплав тощо) поза пунктами пропуску через державний кордон України; 2) будь-яким способом (як приховано чи прориваючись, так і ні) у пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів; 3) будь-яким способом (як приховано чи прориваючись, так і ні) у пунктах пропуску через державний кордон України за документами, що містять недостовірні відомості.

Згідно із законодавством України відповідними документами для перетинання державного кордону України є:

– для громадян України – паспорт громадянина України для виїзду за кордон; дипломатичний паспорт України; службовий паспорт України; посвідчення особи моряка; посвідчення члена екіпажу; посвідчення особи на повернення в Україну (ст. 2 Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України»);

– для іноземців та осіб без громадянства – паспортні документи та одержані в установленому порядку візи, якщо інше не передбачено законодавством чи міжнародними договорами України (ст. 9 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»).

При цьому не слід ототожнювати значення словосполучень «відповідний документ» і «дійсний документ», оскільки перший є, як зазначено вище, таким, що відповідно до законодавства визначений документом, який надає право для перетинання державного кордону, а другий – це той, що чинний за строком дії або не визнаний в установленому порядку уповноваженим державним органом недійсним (через зміну прізвища, втрату тощо).

Як випливає із положень п. 15 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» від 27 лютого 2009 р. № 1, недостовірною інформацією може вважатись інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені). До таких документів варто віднести пред'явлені на паспортний контроль підроблені або чужі документи, а також інші документи, що містять недостовірну інформацію про особу пред'явника.

Невід'ємною й обов'язковою складовою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, є місце вчинення цього злочину – державний кордон України, поняття якого передбачене ст. 1 Закону України «Про державний кордон України». При цьому важливе значення, як випливає з диспозиції вказаної статті КК України, для кваліфікації злочину має факт перетинання державного кордону як в пунктах пропуску, так і поза ними. У таких випадках слід звертати увагу на те, чи відкрито пункт пропуску відповідним рішенням Кабінету Міністрів України, адже відсутність такого рішення виключає кримінальну відповідальність за вказане діяння.

Так само виключає кримінальну відповідальність незаконне перетинання державного кордону України, вчинене в пунктах контролю через державний кордон, а не в пунктах пропуску. Так, у разі, до прикладу, пред'явлення особою, якій заборонено в'їзд в Україну, в пункті контролю через державний кордон «Київ-пасажирський» (відкритий відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 липня 2012 р. № 511-р) або в пункті контролю через державний кордон «Львів» (відкритий відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 18 грудня 2019 р. № 1319-р) вона не може бути притягнута до кримінальної відповідальності, передбаченої ст. 332-2 КК України. Водночас, у разі вчинення аналогічного діяння вже в пункті пропуску через державний контроль «Бориспіль», така кримінальна відповідальність настане.

Саме тому не варто недооцінювати бланкетний характер диспозиції зазначеної статті, що потребує точного встановлення відповідних нормативно-правових актів, які визначають перелік документів, що є відповідними для перетинання державного кордону України певною категорією осіб, а також підтверджують факт відкриття конкретно взятого пункту пропуску через державний кордон України. Як зазначає О.О. Дудоров, «із бланкетного способу викладення кримінально-правової заборони логічно випливає вимога конкретизації обвинувачення – необхідність зазначення у процесуальних документах (у постанові про притягнення особи як обвинуваченого, обвинувальному висновку та у вироку) чинних на момент вчинення злочину нормативних актів іншого (некримінального) законодавства, порушених особою»[13].

Ще одним елементом складу злочину, що одразу впадає у вічі під час аналізу ст. 332-2 КК України, є суб'єкт злочину. Диспозицією статті визначені декілька груп суб'єктів, а саме: 1) особа, якій заборонено в'їзд на територію України; 2) представник підрозділу збройних сил чи інших силових відомств держави-агресора; 3) особа, яка має на меті незаконно перетнути державний кордон України з метою заподіяння шкоди інтересам держави.

Підстави, строки заборони (3, 5 і 10 років) та органи, уповноважені забороняти в'їзд в Україну (Служба безпеки України, Державна міграційна служба України, органи охорони державного кордону), передбачені ст. ст. 13, 14, 26 та 30 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства». При цьому не підлягатимуть кримінальній відповідальності особи, яким заборонено виїзд з України (наприклад, неплатники аліментів), а також ті, стосовно яких рішення про заборону в'їзду на момент незаконного перетинання державного кордону України було вже нечинне чи в установленому законодавством порядку скасоване.

Статтею 332-2 КК України відповідальність передбачена за вчинення незаконного перетинання державного кордону України представником підрозділу збройних сил чи інших силових відомств такої держави. Законодавець, застосовуючи слово «представник», значно розширює суб'єктний склад злочину, чим наголошується на тому, що такою особою може бути не тільки військовослужбовець збройних сил держави-агресора чи іншого силового відомства, а й особа, яка буде виступати від імені цих інституцій за дорученням або іншим повноваженням. При цьому під іншими силовими відомствами слід розуміти органи безпеки, поліції, розвідки та інших державних структур, наділених правом застосування сили.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про кінематографію» державою-агресором є країна, яка у будь-який спосіб окупувала частину території України або яка вчиняє агресію проти України, визнана Верховною Радою України державою-агресором або державою-окупантом.

На сьогодні такою державою визнана Російська Федерація, що випливає з положень постанови Верховної Ради України від 27 січня 2015 р. № 129-VIII «Про Звернення до ООН, Європарламенту, Парламентських Асамблей Ради Європи, НАТО, ОБСЄ, ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором», а також Законів України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» та «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях».

Розглядаючи питання суб'єкта вказаного злочину, слід зазначити, що якщо особою, якій заборонено в'їзд в Україну, може бути виключно іноземець або особа без громадянства, то представником збройних сил чи інших силових відомств держави-агресора може бути і громадянин України.

Надаючи характеристику третій групі суб'єктів злочину – осіб, які незаконно перетинають державний кордон України з метою заподіяти шкоду інтересам держави, варто перейти до наступного елемента складу злочину – суб'єктивної сторони, оскільки мета є невід'ємною його складовою.

Для злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, характерною є умисна форма вини. При цьому особливістю може бути наявність мети – заподіяння шкоди інтересам держави. Проте варто наголосити на неприйнятності позиції А.М. Притули про те, що наявність зазначеної мети є обов'язковою для усіх форм діянь, передбачених диспозицією статті[14]. Аналіз вказаної норми свідчить про те, що така мета може бути необов'язковою для вчинення незаконного перетинання державного кордону України особами, яким заборонено в'їзд на територію України, або представниками підрозділу збройних сил чи інших силових відомств держави-агресора.

Рішенням Конституційного Суду України від 08 квітня 1999 р. № 3-рп/99 визначено, що державні інтереси закріплюються як нормами Конституції, так і нормами інших правових актів, в основі яких завжди є потреба у здійсненні загальнодержавних (політичних, економічних, соціальних та інших) дій, програм, спрямованих на захист суверенітету, територіальної цілісності, державного кордону України, гарантування її державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, охорону землі як національного багатства, захист прав у всіх суб'єктів права власності та господарювання тощо.

Зазначені положення мають невиправдану й надто широку дискрецію. Для бодай-якогось її обмеження під час кваліфікації вказаного діяння слід звернутися до положень ч. 3 ст. 3 Закону України «Про національну безпеку України», де розкривається, в чому полягають фундаментальні національні інтереси України. Крім того, слід звернутися до судової практики щодо засудження осіб за ст. 332-1 КК України, якою також передбачена обов'язковість наявності аналогічної мети. У більшості випадків вироками судів визначається, що діяння винних спрямовувалися на заподіяння шкоди інтересам держави у виді незаконного переміщення майна (м'ясо, спеції, одяг тощо) на тимчасово окуповану територію України. Зазначене дає можливість стверджувати, що особи, які вже тривалий час незаконно перетинають державний кордон України задля неправомірного переміщення підакцизних товарів, у т.ч. сигарет, або іншого майна, повинні підлягати кримінальній відповідальності, передбаченій ст. 332-2 КК України.

Висновки. Проведене дослідження дає змогу констатувати, що родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, слід уважати однорідні суспільні відносини, які охоплюють певну галузь суспільного життя – прикордонну безпеку України, а безпосереднім – суспільні відносини, що забезпечують нормативно встановлений і врегульований порядок перетинання державного кордону України. Суспільно небезпечною ж дією як елемента об'єктивної сторони злочину є активна поведінка особи, спрямована на цілеспрямоване порушення нею приписів відповідних нормативно-правових актів щодо встановленого порядку перетинання державного кордону України.

Суб'єктами злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, можуть бути: 1) особи, яким заборонено в'їзд на територію України; 2) представники підрозділу збройних сил чи інших силових відомств держави-агресора; 3) особи, які мають на меті незаконно перетнути державний кордон України з метою заподіяння шкоди інтересам держави. При цьому наявність мети «заподіяння шкодити інтересам держави» не є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони злочину, вчиненого першою або другою групою суб'єктів.

Підсумовуючи, слід зазначити, що практика висвітлить особливості правозастосування у зазначеній сфері, однак кримінализація незаконного перетинання державного кордону є важливим аспектом створення умов для належної захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства та держави від реальних і потенційних зовнішніх та внутрішніх загроз у прикордонному просторі України.

Варто зазначити, що ефективність дослідження будь-якого складу злочину, у т.ч. незаконного перетинання державного кордону України, неможливо досягти без ґрунтовного й об'єктивного кримінально-правового дослідження. У зв'язку з цим для повного опрацювання вказаної теми слід здійснити подальше дослідження злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, окреслити його кримінологічні проблеми, вивчити співвідношення цього злочину із суміжними складами злочинів, а також дослідити інші, пов'язані з розглядуваним злочином теоретичні й практичні аспекти.

---

[1] Задорожній О.В. Порушення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права. Київ: К.І.С., 2015. С. 201.

[2] Мисливий В.А. Криміналізація та декриміналізація: деякі тенденції. *Новітні кримінально-правові дослідження – 2015*. Миколаїв: Іліон, 2015. С. 5.

[3] Див.: Капітанчук Л.Ю. Особливості розслідування нелегальної міграції : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09; НАВСУ. Київ, 2011. 250 с.; Книш С.В. Міжнародно-правові аспекти криміналізації нелегальної міграції. *Право і суспільство*. 2012. № 2. С. 219–222.

[4] Див.: Швидченко І.Г. Кримінально-правова протидія незаконній міграції. *Митна справа*. 2012. № 2 (80). С. 27–31.

[5]. Притула А.М. Незаконне перетинання державного кордону України як нова «мертва» норма Кримінального кодексу України. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2018. № 17. С. 151–157.

[6] Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид. перероб. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2019. 1384 с.

[7] Притула А.М. Незаконне перетинання державного кордону України: склад злочину. *Освітньо-наукове забезпечення діяльності складових сектору безпеки і оборони України:* тези XI Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Хмельницький, 15 листопада 2018 р.). Хмельницький: НАДПСУ, 2018. С. 279.

[8] Чуваков О.А. Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики. Одеса: Фенікс, 2017. С. 93.

[9] Рубащенко М.А. Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканість України. Харків: Право, 2016. С. 23–24.

[10] Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. Москва: Юрид. лит-ра, 1960. С. 9.

[11] Александров Ю.В., Клименко В.А. Кримінальне право України: Загальна частина. Київ: МАУП, 2004. С. 80.

[12] Притула А.М. Вказана праця.

[13] Дудоров О.О. Вибрані праці з кримінального права. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2010. С. 52.

[14] Притула А.М. Вказана праця.

References:

Aleksandrov, Yu.V., Klymenko, V.A. (2004). Kryminalne pravo Ukrainy: Zahalna chastyna. Kyiv: MAUP [in Ukrainian].

Chuvakov, O.A. (2017). Zlochyny proty osnovnov natsionalnoyi bezpeky Ukrainy: problemy kryminalno-pravovoyi teoriyi ta praktyky. Odesa: Feniks [in Ukrainian].

Dudorov, O.O. (2010). Vybrani pratsi z kryminalnoho prava. Luhansk: RVV LDUVS im. Ye.O. Didorenka [in Ukrainian].

Kapitanchuk, L.Yu. (2011). Spetsialni rozbizhnosti nelehalnoyi mihratsiyi: dys. … kand. yuryd. nauk: 12.00.09; NAVSU [in Ukrainian].

Khavronyuk, M.I. (2019). Naukovo-praktychnyy komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy / za red. M.I. Melnyka, M.I. Khavronyuka. 11-te vyd. pererob. ta dopov. Kyiv: Dakor [in Ukrainian].

Knysh, S.V. (2012). Mizhnarodno-pravovi aspekty kryminalnoyi nelehalnoyi mihratsiyi. *Pravo i suspilstvo*, 2, 219–222 [in Ukrainian].

Myslyvyy, V.A. (2015). Kryminalizatsiya ta dekryminalizatsiya: suchasni tendentsiyi. *Novitni kryminalno-pravovi doslidzhennya – 2015*. Mykolayiv: Ilion [in Ukrainian].

Prytula, A.M. (2018). Nezakonne peretynannya derzhavnoho kordonu Ukrayiny: sklad zlochynu. Osvitn'o-naukove zabezpechenia diyalnosti skladovykh sektoru bezpeky ta oborony Ukrainy: Tezy XI Vseukr. nauk.-prakt. konf. (Khmelnytskyy, 15 lystopada 2018 r.). Khmelnytskyy: NADPSU [in Ukrainian].

Prytula, A.M. (2018). Nezakonne peretynannya derzhavnoho kordonu Ukrayiny yak nova «mertva» norma Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. *Visnyk Pivnichnoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoyi akademiyi pravovykh nauk Ukrainy*, 17, 151–157 [In Ukrainian].

Rubashchenko, M.A. (2016). Kryminalna vidpovidal'nist' za posiahannia na terytorialnu tsilisnist' ta nedotorkanist' Ukrainy. Kharkiv: Pravo [In Ukrainian].

Shvydchenko, I.H. (2012). Kryminalno-pravova protydiya nelehalnoyi mihratsiyi. *Mytna sprava*, 2 (80), 27–31 [In Ukrainian].

Kudryavtsev, V.N. (1960). Ob'yektyvna storona prestupleniya. Moskva: Yurydychna literatura [In Russian].

Zadorozhniy, O.V. (2015). Porushennya ahresyvnoyu viynoyu Rosiyskoyi Federatsiyi proty Ukrainy osnovnyh pryntsypiv mizhnarodnoho prava. Kyiv: K.I.S. [In Ukrainian].

Резюме

Курилюк Ю.Б. **Незаконне перетинання державного кордону України: деякі аспекти криміналізації та складу злочину.**

У статті піддано аналізу склад злочину, передбаченого ст. 332-2 КК України, що встановлює кримінальну відповідальність за незаконне перетинання державного кордону України, а також розкрито особливості кримінально-правової кваліфікації цього діяння. Визначено, що криміналізація незаконного перетинання державного кордону України є важливим аспектом створення умов для належної захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства й держави від реальних та потенційних зовнішніх і внутрішніх загроз у прикордонному просторі України.

Ключові слова: державний кордон, кримінальна відповідальність, склад злочину, криміналізація.

Резюме

Курылюк Ю.Б. **Незаконное пересечение государственной границы Украины: некоторые аспекты состава преступления.**

В статье подвергнут анализу состав преступления, предусмотренного ст. 332-2 УК Украины, устанавливающей уголовную ответственность за незаконное пересечение государственной границы Украины, а также раскрыты особенности уголовно-правовой квалификации этого деяния. Определено, что криминализация незаконного пересечения государственной границы Украины является важным аспектом создания условий для надлежащей защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от реальных и потенциальных внешних и внутренних угроз в пограничном пространстве Украины.

Ключевые слова: государственная граница, уголовная ответственность, состав преступления, криминализация.

Summary

Yurii Kuryliuk. **Illegal crossing of the State Border of Ukraine: some aspects of elements of crime.**

The article analyzes elements of the crime covered by the Article 332-2 of the Criminal Code of Ukraine, establishing criminal liability for illegal crossing of the State Border of Ukraine, and also discloses peculiarities of the criminal legal qualification of this action.

It is determined that as the patrimonial object of the crime under the Article 332-2 of the Criminal Code of Ukraine should be considered homogeneous social relations, covering a certain sphere of the public life that is the border security of Ukraine, violation of which causes socially dangerous harm to the components of this sphere that is defense of the State and its border protection, sovereignty, territorial integrity and inviolability. The direct object of this crime is the public relations, which provide for the normatively established and regulated procedure for crossing the State Border of Ukraine.

It has been established that the procedure for crossing the State Border of Ukraine may manifest itself in several forms: 1) by any means (by foot, by auto transport, by swimming etc.) outside the checkpoints across the State Border of Ukraine; 2) by any means (whether hidden or breaking through, or not) at checkpoints across the State Border of Ukraine without the relevant documents; 3) by any means (whether hidden or breaking through, or not) at checkpoints across the State Border of Ukraine with the documents, containing inaccurate information.

Should not be underestimated the blanket nature of the disposition of the mentioned article that requires precise determination of the relevant regulatory acts, determining the list of documents that are necessary for crossing the State Border of Ukraine by a certain category of people, and also confirm the fact of opening a specific checkpoint across the State Border of Ukraine.

The disposition of the Article 332-2 of the Criminal Code of Ukraine defines several groups of subjects, in particular: 1) a person who is prohibited from entering the territory of Ukraine; 2) a representative of a unit of the armed forces or other law enforcement agencies of the State who is an aggressor; 3) a person with the aim to illegally cross the State Border of Ukraine for harming the interests of the State. Moreover, it was established that the aim for "harming the interests of the State" is not necessary for the illegal crossing of the State Border of Ukraine by persons who are prohibited from entering the territory of Ukraine, or by representatives of a unit of the armed forces or other law enforcement agencies of the State who is an aggressor.

The criminalization of the illegal crossing of the State Border of Ukraine is an important aspect of creating conditions for the proper protection of the vital interests of an individual, the society and the State from real and potential external and internal threats in the border space of Ukraine.

Key words: state border, criminal liability, elements of crime, criminalization.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.55

УДК 343.233

Р.В. ПЕРЕЛИГІНА, Ю.І. ДМИТРИШАК

Раїса Володимирівна Перелигіна, *кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*[*]

ORCID: 0000-0002-3798-0861

Юрій Ігорович Дмитришак, *аспірант Київського університету права НАН України*[**]

ORCID: 0000-0003-2154-7163

ЩОДО СТРАТЕГІЇ БОРОТЬБИ З ОРГАНІЗОВАНОЮ ЗЛОЧИННІСТЮ (НА ПРИКЛАДІ УКРАЇНИ ТА ІСПАНІЇ)

Постановка проблеми. Однією з найбільших проблем сучасних держав є організована злочинність, рівень якої невпинно зростає та поглинає все більше країн. Питання щодо необхідності розроблення нової Стратегії боротьби з організованою злочинністю постійно обговорюються на міжвідомчих нарадах у МВС, на яких наголошується на важливості співпраці з країнами ЄС у боротьбі з транскордонною злочинністю. Окрема увага зосереджується на роботі щодо впровадження в Україні аналізу ризиків і загроз із використанням методології Європолу SOCTA, реалізації нових проєктів спільно з Консультативною місією ЄС, взаємодії Національної поліції та Державної фіскальної служби. У сучасних умовах стратегічною метою зовнішньої політики України є зміцнення спроможності України забезпечити імплементацію європейських міжнародних договорів протидії організованій злочинності в національне законодавство.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Пошук шляхів удосконалення кримінологічних засад протидії організованій злочинності в різні часи був предметом активних дискусій вітчизняних і зарубіжних учених, зокрема Г.А. Аванесова, Ю.М. Антоняна, О.М. Бандурки, Ю.В. Бауліна, В.В. Голіни, Б.М. Головкіна,

© Р.В. Перелигіна, Ю.І. Дмитришак, 2019

[*] ***Raisa Perelyhina,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

[**] ***Yurii Dmytryshak,*** *Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

І.М. Даньшина, О.М. Джужі, А.І. Долгової, О.О. Дудорова, А.П. Закалюка, А.Ф. Зелінського, О.Г. Кальмана, І.І. Карпеця, О.М. Кваші, О.Г. Колба, Я.Ю. Кондратьєва, І.М. Копотуна, О.Є. Користіна, М.В. Корнієнка, О.М. Костенка, В.М. Кудрявцева, О.Г. Кулика, О.М. Литвака, В.А. Яценка та ін. Положення, сформульовані зазначеними авторами в галузі кримінального права та кримінології, мають важливе наукове і практичне значення. Водночас сучасні реалії розвитку організованої злочинності свідчать про те, що вона набула принципово нової якості та трансформації,чисельності й масштабів впливу. Саме тому організація цільової протидії організованій злочинності потребує детального вивчення криміногенної природи цього явища та поглиблення міжнародної співпраці.

Мета статті – на основі теоретичних напрацювань вчених та аналізу відповідних нормативно-правових актів дослідити особливості розроблення нової Стратегії боротьби з організованою злочинністю в Україні та Іспанії.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 1 ч. 1 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» під організованою злочинністю слід розуміти сукупність злочинів, що вчиняються у зв'язку зі створенням та діяльністю організованих злочинних угрупувань[1].

Якщо ж розглянути це поняття ширше, то можна сказати, що організована злочинність – це групова діяльність п'яти або більше осіб, яка характеризується ієрархічними зв'язками або особистими відносинами, що дають змогу їхнім ватажкам одержувати прибуток або контролювати території та ринки, внутрішні та зовнішні, за допомогою насильства, залякування або корупції як для продовження злочинної діяльності, так і для проникнення у легальну економіку.

Оскільки організована злочинність постійно та динамічно трансформується, змінюються та удосконалюються способи і методи вчинення кримінальних правопорушень, спостерігається активне використання мережі Інтернет під час скоєння «традиційної» злочинної діяльності та злочинів у сфері високих технологій, то важливе місце у протидії злочинності посідає профілактика злочинної поведінки та діяльності, практичне впровадження нових критеріїв оцінки діяльності правоохоронних органів – суб'єктів боротьби з організованою злочинністю. В Україні боротьбу з організованою злочинністю здійснює ціла низка державних органів, які утворюють систему[2]. До них належать:

1. Спеціально створені для боротьби з організованою злочинністю:

а) Координаційний комітет по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю при Президентові України;

б) спеціальні підрозділи по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю Служби безпеки України.

2. Державні органи, які беруть участь у боротьбі з організованою злочинністю у межах виконання покладених на них інших основних функцій:

а) органи Національної поліції і Служби безпеки України;

б) органи прокуратури України;

в) органи доходів і зборів, органи прикордонної служби України та органи державного фінансового контролю;

г) органи та установи виконання покарань і слідчі ізолятори;

д) розвідувальний орган Міністерства оборони України;

е) Служба зовнішньої розвідки України;

є) Національне антикорупційне бюро України.

Всі ці органи взаємодіють між собою для покращення ефективності боротьби з організованою злочинністю. Також вказані органи можуть взаємодіяти з органами безпеки іноземних держав, наприклад, відповідно до ст. 16 Закону України «Про Службу безпеки України» для вирішення покладених завдань Служба безпеки України може встановлювати контакти з органами безпеки іноземних держав і взаємодіяти з ними на підставі норм міжнародного права, відповідних договорів та угод[3].

Нині діяльність прокуратури як одного із суб'єктів протидії організованій злочинності набуває особливого значення в умовах активного зростання рівня даного виду злочинності, долучення до неї значної частини населення, гнучкої зміни форм кримінальної поведінки, установлення злочинного контролю на окремих територіях. Роль прокуратури, як суб'єкта протидії організованої злочинності, набуває великого значення. Адже протидія злочинності та боротьба з нею є однією з основних внутрішніх функцій держави. Тому відповідно до ст. 92 Закону України «Про прокуратуру» органи прокуратури згідно з міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та кримінальним процесуальним законодавством України здійснюють співробітництво з компетентними органами інших держав з питань проведення процесуальних дій при розслідуванні кримінальних правопорушень, видачі осіб, які їх вчинили, перейнятті кримінального провадження та з інших питань, передбачених такими договорами. У разі відсутності міжнародного договору України співробітництво у цій сфері здійснюється органами прокуратури України на підставі взаємних письмових гарантій[4].

Відповідно до Стратегії розвитку Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю при РНБО України на 2020–2022 роки перспективними напрямами мають бути: створення правової основи, організаційних, матеріально-технічних та інших умов для ефективної боротьби з організованою злочинністю, організація міжнародного співробітництва у цій сфері; виявлення та усунення або нейтралізація негативних соціальних процесів і явищ, що породжують організовану злочинність та сприяють їй; запобігання нанесенню шкоди людині, суспільству, державі; запобігання виникненню органі-

зованих злочинних угруповань; виявлення, розслідування, припинення і запобігання правопорушенням, вчинюваним учасниками організованих злочинних угруповань, притягнення винних до відповідальності; запобігання встановленню корумпованих зв'язків з державними службовцями та посадовими особами, втягненню їх у злочинну діяльність та ін.

Досліджуючи тему протидії організованій злочинності в Україні на прикладі досвіду Іспанії, можна дійти висновку, що організована злочинність трактується і розуміється суспільством по-різному. Це зумовлено тим, що специфіка злочинних угрупувань дещо різниться. Наприклад, в одній країні злочинні угрупування спеціалізуються на тероризмі та торгівлею зброєю, а в іншій – це торгівля наркотиками і відмивання грошей. Але об'єднує їх суспільна небезпечність та боротьба держави з такою злочинністю.

Загалом можна стверджувати, що незалежно від спеціалізації злочинних угрупувань організована злочинність – це найнебезпечніше і найскладніше антисуспільне явище, воно не має кордонів, а учасники такої злочинної групи знаходяться в різних куточках світу і при розвитку телекомунікаційних, комп'ютерних технологій боротьба з організованою злочинністю вимагає нових методик. Характерними рисами будь-якої організованої злочинності є вторгнення в економіку держави, прагнення перетворити її на тіньову економіку для вільного відмивання грошей і неможливості відслідковування правоохоронними органами руху коштів у державі; контроль над діяльністю фінансових установ; проникнення в правоохоронні органи та органи державної влади; блокування ефективних реформ, які не «відповідають» інтересам злочинної організації; злиття із закордонними «бандами» для розширення своїх спільників тощо.

Країни Європи прагнуть вдосконалити систему боротьби з організованою злочинністю, поглиблюючи співпрацю не тільки з країнами – учасниками Євросоюзу, а й з іншими країнами світу. Так, у 2003 р. набрала чинності угода між Україною та Королівством Іспанія про співробітництво в галузі боротьби зі злочинністю[5].

Королівство Іспанія часто відчуває на собі наслідки діяльності організованої злочинності не тільки від іспанської мафії, а й від мафій різних країн світу, часто це «російська мафія», куди входять не тільки росіяни, а й українці, грузини, білоруси та інші громадяни колишнього Радянського Союзу. Також в Іспанії діє велика латиноамериканська мафія, яка включає в себе вихідців з африканських країн.

Для покращення боротьби з організованою злочинністю Іспанія щороку актуалізує своє законодавство. Це пов'язано з тим, що в злочинних організаціях появляються все нові методи та способи здійснення діяльності та реалізації своїх інтересів. У зв'язку з цим деякі старі методики боротьби з мафією просто неефективні.

У 2019 р. Іспанія черговий раз розробила нову стратегію боротьби з організованою злочинністю.

При розробці методики боротьби з організованою злочинністю була врахована стратегія боротьби з організованою злочинністю 2017 року. Будучи керівною методикою національної глобальної структури, яка орієнтована на всі стратегії боротьби зі злочинністю, вона включає організовану злочинність у якості загрози, що діє на рівні з іншими великими загрозами, такі як тероризм, збройний конфлікт або шпіонаж, які являють собою загрозу національної безпеки Іспанії[6].

Стратегія має основні цілі, які передбачають розмежування кримінальних структур; зниження їх діяльності; запобігання появі нових злочинних груп; зменшення впливу на громадськість; протидію росту зв'язків між тероризмом і організованою злочинністю. Для цього стратегія побудована навколо десяти напрямів діяльності, семи вертикальних напрямів і трьох горизонтальних, які їх перетинають. Дана стратегія також відмічає для кожного з напрямків певні дії, що будуть дуже корисним інструментом для всіх органів державної влади, які спрямовані на забезпечення безпеки країни.

Сім вертикальних напрямів:

Перший напрям: «Знання, як запобігання і прогнозування загроз». Даний напрям полягає в прагненні сприяти розвитку рівня знань як засобу передбачення явищ, які породжують організовану злочинність. Знання ситуації, еволюції і нових тенденцій кримінальної реальності з використанням новизни має важливе значення в боротьбі з організованою злочинністю.

Другий напрям: «Нейтралізувати економіку, як організованої злочинності в цілому, так і окремих злочинців зокрема». Такий напрям направлений на сприяння розслідуванню злочинів направлених проти економічної та фінансової структури з цілю конфіскації незаконної вигоди, як одного з найбільш ефективних способів нейтралізації діяльності організованої злочинності.

Третій напрям: «Боротьба з кримінальними ринками». Він заснований на реалізації заходів з мінімізації ризику, зв'язаного з усією злочинною діяльністю, а також спрямуванню значних зусиль на боротьбу з тими, хто має особливий вплив на кримінальну діяльність в Іспанії. Це стосується: незаконного обороту наркотиків; злочинів, пов'язаних з корупцією; відмивання грошей; кіберзлочинності; торгівлі людьми; контрабанди мігрантів; злочинів проти інтелектуальної власності; шахрайства проти інтересів Державного казначейства; незаконного обороту зброї; злочинів проти навколишнього середовища.

Четвертий напрям: «Зв'язок між організованою злочинністю та тероризмом» Даний напрям має дати відповідь, яка об'єднає оперативні та стратегічні знання в боротьбі із злочинністю.

П'ятий напрям: «Міжнародне співробітництво та координація». Суть даного напряму полягає в продовженні пошуку удосконалення міжнародних механізмів співпраці, координації та обміну інформацією як на двосторонній основі з партнерами, що представляють стратегічний інтерес для Іспанії, так і на багатосторонній основі в межах міжнародних організацій, частиною яких є Іспанія.

Шостий напрям: «Безпека: загальні обов'язки». Спрямовано даний напрям на інтеграцію різних учасників державного та приватного секторів у боротьбі з організованою злочинністю шляхом зміцнення або, де це доречно, встановлення каналів зв'язку взаємовідношень та передачі важливої інформації.

Сьомий напрям: «Підготовка нових законів та їх адаптація». Суть даного напряму полягає в оновленні та удосконаленні законодавства, адаптації адміністративних, кримінальних та процесуальних правових інститутів до потреб боротьби з новими формами як організованої злочинності, так і злочинності загалом.

Три горизонтальних напрями.

Перший напрям: «Навчання та тренування». Спрямований на покращення роботи органів, які забезпечують громадську безпеку, шляхом постійної адаптації діяльності даних органів до нових методів і прийомів, що використовуються злочинними організаціями.

Другий напрям: «Застосування нових технологів в протидії злочинності XXI століття». Пріоритетом є розширення використання нових технологій для більш ефективної боротьби з організованою злочинністю XXI століття.

Третій напрям: «Попередження організованої злочинності та тероризму». Він спрямований на підвищення знань, отриманих на різних рівнях боротьби з злочинністю, щоб забезпечити координацію між слідчими і профілактичними підрозділами з метою покращення роботи з протидії організованій злочинності та тероризму.

Організована злочинність діє в Іспанії, використовуючи переваги інтернаціональності, глобалізації і взаємозалежності, які в даний час характеризують державу. Даний вид злочинності найчастіше є транснаціональним, що діє в постійних соціальних, культурних, геополітичних, технологічних змінах.

Висновки. В умовах сьогодення, коли стан злочинності, як організованої, так і загальнокримінальної, створює загрозу національній безпеці України, одним із найскладніших завдань є ефективна протидія злочинності в контексті ґрунтовного реформування системи управління в державі, а також вивчення сучасного досвіду транскордонного співробітництва у сфері боротьби з міжнародною організованою злочинністю, зокрема тероризмом, наркобізнесом, торгівлею людьми, контрабандою, нелегальною міграцією. Актуальними залишаються питання виявлення прогалин або колізій у законодавстві, обґрунтування необхідності певних законодавчих новел, розроблення нової Стратегії боротьби з організованою злочинністю, враховуючи результати міжнародного співробітництва в зазначеній сфері. Необхідно підкреслити, що виділення та вивчення закордонних програм, які спрямовані на протидію організованій злочинності, що довели на практиці свою ефективність, являє собою величезні перспективи для запозичення позитивного іноземного досвіду.

---

[1] Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України від 30.06.1993 р. (в ред. від 05.01.2017 р.). База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3341-12 (дата звернення: 02.12.2019).

[2] Там само. Ст. 5.

[3] Про Службу безпеки України: Закон України від 25.03.1992 р. (в ред. від 03.07.2019 р.). База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2229-12 (дата звернення: 22.11.2019).

[4] Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. (в ред. від 28.11.2019 р.). База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18 (дата звернення: 06.12.2019).

[5] Угода між Україною та Королівством Іспанія про співробітництво у галузі боротьби із злочинністю: Закон України від 16.01.2003 р. (в ред. від 16.01.2003 р.). База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/724_014

[6] Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave: Sitio oficial del Departamento de Seguridad Nacional. URL: https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/estrategia-nacional-contra-crimen-organizado-delincuencia-grave

References:

Pro orhanizatsijno-pravovi osnovy borot'by z orhanizovanoiu zlochynnistiu: Zakon Ukrainy vid 30.06.1993 (v red. vid 05.01.2017). Baza danykh «Zakonodavstvo Ukrainy». URL: https://zakon.rada.gov.ua/lavs/shov/3341-12 [in Ukrainian].

Pro Sluzhbu bezpeky Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 25.03.1992. (v red. vid 03.07.2019). Baza danykh «Zakonodavstvo Ukrainy». URL: https://zakon.rada.gov.ua/lavs/main/2229-12 [in Ukrainian].

Pro prokuraturu: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 (v red. vid 28.11.2019). Baza danykh «Zakonodavstvo Ukrainy». URL: https://zakon.rada.gov.ua/lavs/shov/1697-18 [in Ukrainian].

Uhoda mizh Ukrainoiu ta Korolivstvom Ispaniia pro spivrobitnytstvo u haluzi borot'by iz zlochynnistiu: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 (v red. vid 16.01.2003). Baza danykh «Zakonodavstvo Ukrainy». URL: https://zakon.rada.gov.ua/lavs/shov/724_014 [in Ukrainian].

Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la Delincuencia Grave: Sitio oficial del Departamento de Seguridad Nacional. URL: https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/estrategia-nacional-contra-crimen-organizado-delincuencia-grave [in Ukrainian].

Резюме

Перелигіна Р.В., Дмитришак Ю.І. **Щодо стратегії боротьби з організованою злочинністю (на прикладі України та Іспанії).**

У статті здійснено аналіз законодавства Іспанії у сфері протидії організованій злочинності, в результаті чого висвітлено основні нововведення в даному законодавстві, які підвищують ефективність роботи державних органів у сфері боротьби з організованою злочинністю. Охарактеризовано нову стратегію боротьби з організованою злочинністю, досліджено її основні цілі та

напрями вдосконалення. На основі аналізу відповідних нормативно-правових актів досліджено особливості протидії організованій злочинності в Іспанії, а також сформульовано пропозиції щодо удосконалення вітчизняного законодавства в зазначеній сфері.

Ключові слова: організована злочинність, стратегія, Іспанія, Україна, державні органи, законодавство, протидія.

Резюме

Перелыгина Р.В., Дмитришак Ю.И. **По стратегии борьбы с организованной преступностью (на примере Украины и Испании).**

В статье проведен анализ законодательства Испании в сфере противодействия организованной преступности, в результате чего освещены основные нововведения в данном законодательстве, которые повышают эффективность работы государственных органов в сфере борьбы с организованной преступностью. Охарактеризована новая стратегия борьбы с организованной преступностью, исследованы ее основные цели и направления совершенствования. На основании анализа соответствующих нормативно-правовых актов исследованы особенности противодействия организованной преступности в Испании, а также сформулированы предложения по совершенствованию отечественного законодательства в указанной сфере.

Ключевые слова: организованная преступность, стратегия, Испания, Украина, государственные органы, законодательство, противодействие.

Summary

Raisa Perelyhina, Yurii Dmytryshak. **On organized crime strategies (example of Ukraine and Spain).**

Organized crime is one of the biggest problems of today's states, with levels steadily increasing and engulfing more and more countries. Such crime is different from crimes that are committed unorganized or alone by their extreme danger to society. Organized crime influences important political and social processes in the state, interferes with the work of public authorities, which damages the efficiency of these bodies and reduces the level of trust in the state apparatus.

In general, it can be argued that regardless of the specialization of criminal groups, organized crime is the most dangerous and complex anti-social phenomenon, it has no boundaries, and members of such a criminal group are located in different corners of the world and in the development of telecommunication, computer technologies, combating Organized crime requires new techniques

In order to improve the fight against organized crime, Spain updates its legislation every year. This is due to the fact that criminal organizations are coming up with new methods and ways of carrying out their activities and pursuing their interests. Because of this, some old mafia techniques are simply not effective.

The strategy has main objectives, it is the delimitation of criminal structures; reducing their activity; preventing the emergence of new criminal groups; reducing the impact on the public; counteracting the growing link between terrorism and organized crime. To do this, the strategy is built around ten lines of activity, seven vertical lines and three horizontal lines that intersect them. This strategy also notes for each area certain actions that will be a very useful tool for all public authorities aimed at ensuring the security of the country. The article analyzes the legislation of Spain in the field of combating organized crime, which highlights the main innovations in this legislation, which increase the efficiency of the work of public authorities in the fight against organized crime. The new strategy for the fight against organized crime is described, its main goals and directions of improvement are investigated. The peculiarities of combating organized crime in Spain, as well as the formulation of proposals for improvement of domestic legislation in the above, were investigated on the basis of the analysis of relevant legal acts.

Key words: organized crime, strategy, Spain, Ukraine, public authorities, legislation, counteraction.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.56

УДК 343.13

Т.О. ЧАСОВА

Тетяна Олександрівна Часова, *кандидат юридичних наук, старший викладач Академії праці, соціальних відносин і туризму*[*]

ORCID 0000-0002-0293-6123

ОСОБЛИВОСТІ ДОКАЗУВАННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ЗЛОЧИНІВ

Постановка проблеми. Рівень економічної безпеки в Україні знижується, а економічна злочинність зростає, тому виявлення та розслідування злочинів економічного спрямування стає актуальною проблемою правоохоронних органів, потребуючи нового підходу до її вирішення. Науковий інтерес до проблеми доказування кримінальних проваджень економічних злочинів викликаний гострою необхідністю усунення прогалин законодавства у цій сфері. Дослідження особливостей доказування допоможе збільшити ефективність роботи службових осіб, які проводять досудове розслідування, притягнути винних до відповідальності та відшкодувати збитки.

Аналіз останніх досліджень та публікації. Науковою основою даної статті стали праці таких українських науковців, як А.І Берлач, А.Ф. Волобуєв, В.М. Попович, М.В. Попович, О.В. Пчеліна, І.Я. Фойниць-

© Т.О. Часова, 2019

[*] ***Tetiana Chasova,*** *Ph.D. in Law, Senior Lecturer of the Academy of Labor, Social Relations and Tourism*

кий, а також інших дослідників, які зробили значний внесок у розробку правових аспектів, пов'язаних із доказуванням злочинів економічного спрямування. При цьому низка питань потребує розгляду та більш детального вивчення, особливо питання розслідування економічних злочинів, доказування обставин справи та забезпечення основних завдань кримінального провадження.

Формулювання мети статті. Метою статті є дослідження питання доказування економічних злочинів (збір відомостей, їх фіксація та застосування доказів у матеріалах кримінального провадження). Основним завданням є розгляд особливостей доказування злочинів економічного спрямування, що потребує ретельної підготовки службових осіб, отримання нових спеціальних знань, забезпечення належного рівня професійної діяльності, створення плану розслідування тощо.

Виклад основного матеріалу. Економічну злочинність визначають як складний та латентний вид злочинних діянь, доказування яких потребує ретельно продуманого плану розслідування, збору доказової бази. Найчастіше економічна злочинність поєднується зі службовою, а частина злочинів вчиняється з використанням особами свого службового становища.

Процес розслідування економічних злочинів може бути ускладнений такими проблемами: злочини можуть вчиняються не однією особою, а декількома, оскільки різновид економічних злочинів за своїм характером повинен мати чітко продуманий план дій; обов'язкова наявність інтелектуального елементу вчиненого діяння; епізодів злочинної діяльності може бути декілька тощо. Особи, які вчиняють економічні злочини, володіють владними повноваженнями, перебуваючи на посаді та виконуючи свій різновид функціональних обов'язків. Нині виникає гостра необхідність вдосконалення системи розслідування економічних злочинів.

Розслідування економічних злочинів є пріоритетним напрямом діяльності правоохоронних органів. З метою підвищення ефективності досудового розслідування та недопущення помилок в доказуванні такої категорії справ необхідно приділити увагу особливостям процесу розслідування.

А.Ф. Волобуєв провів ґрунтовний аналіз для того, щоб виділити особливості механізму економічних злочинів, які зумовлюють специфіку їх виявлення та початку досудового розслідування: 1) суб'єктами вчинення злочинів, з одного боку, є суб'єкти підприємницької діяльності та їх наймані керівники, а з іншого, державні службові особи, які уповноважені здійснювати регулюючі та контрольні функції щодо підприємництва; 2) вказаними суб'єктами з метою незаконного збагачення вчиняються комплекси злочинів, куди можуть входити в різному поєднанні злочини проти власності, господарські злочини, службові злочини тощо; 3) комплекси злочинів вчиняються організованими групами осіб з розподілом функцій між ними, що дає змогу організаторам уникати персональної відповідальності, перекладаючи її на найманих «керівників» підприємств; 4) при вчиненні злочинів використовуються підприємства з їх банківськими рахунками і відповідні розрахункові операції для передачі (розподілення) незаконно отриманих коштів; 5) незаконні операції з коштами і майном маскуються під легальні господарські операції шляхом укладання фіктивних цивільно-правових угод[1].

Позиція А.Ф. Волобуєва нам імпонує, оскільки прописані основні механізми вчинення злочинних діянь економічного напрямку. Проведене дослідження допоможе зібрати необхідні докази в кримінальному провадження, беручи до уваги процес вчинення незаконного діяння.

На думку О.В. Пчеліної, специфіка події економічного злочину полягає в тому, що він являє собою складну систему дій групи осіб, поєднаних єдиним задумом (метою). Тому під час розслідування кримінальних проваджень щодо економічних злочинів слід зважати на те, що одночасному доказуванню підлягають обставини стосовно вчинення не одного злочину, а одразу їх сукупності (комплексу). Отже, специфіка події економічного злочину полягає в необхідності одночасного, паралельного доказування наявності сукупності (комплексу) економічних суспільно небезпечних діянь, об'єднаних єдиним задумом[2].

На думку А.І. Берлача, особливостями економічної злочинності є її гнучка адаптація до нових форм і методів підприємницької діяльності, маскування під «законне» підприємництво, досконале володіння ринковою ситуацією, оперативне (швидке) реагування на зміни ринкової кон'юнктури та чинного законодавства, активне та вдале використання в злочинній діяльності банківських документів, електронних кредитних карток, засобів зв'язку, оргтехніки тощо[3].

О.В. Пчеліна та А.І. Берлач визнають економічні злочини як специфічні суспільно небезпечні діяння, доказування яких потребує створення нових методів їх попередження, виявлення та розслідування.

У процесі досудового розслідування збір доказів є основним етапом, що формує основу доказування в кримінальному провадженні. Джерела доказів – це кримінально-процесуальні форми отримання, фіксації, збереження, передачі, залучення до сфери кримінального процесуального доказування фактичних даних про юридично значимі події законодавчо визначеними суб'єктами та законодавчо встановленими кримінально-процесуальними процедурами. Доказами у свою чергу виступають фактичні дані, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню (ст. 84 ч. 1 КПК). До процесуальних джерел доказів необхідно віднести показання, речові докази, документи, висновки експертів (ст. 84 ч. 2 КПК)[4].

Метою доказування є встановлення процесуальної істини у кримінальному провадженні. На стадії досудового розслідування – формування доказової бази, на стадії судового розгляду – формування внутрішнього переконання на основі зібраної доказової бази та можливості надати оцінку винним особам.

Обов'язок доказування в кримінальному провадженні покладений на сторону обвинувачення. КПК визначено перелік обставин, які потребують обов'язкового доказування. Тим самим законодавець норматив-

но закріпив діяльність службових осіб у рамках провадження. Нормативна визначеність предмета доказування визначає межі дослідження, які необхідно провести та керує процесуальними діями суб'єктів доказування. Межі доказування закріплені в частині вихідних положень та містять вимоги, які висуваються до для прийняття рішення по справі.

У кримінальному провадженні обов'язковому доказуванню підлягають наступні обставини: 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 схиляння 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 чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення (ст. 91 ч. 1 КПК)[5].

Доказування полягає у зборі, фіксації, перевірці та оцінці доказів на стадії досудового розслідування кримінального провадження. Доказування є своєрідним процесом пізнання, а процес розслідування – поетапним закріпленням інформації, яка буде використана в якості доказів. Особливістю є те, що доказування має носити письмовий характер для можливості ознайомлення інших учасників процесу.

Збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження. Сторона обвинувачення здійснює збирання шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування документів, висновків ревізій, актів перевірок, висновків експертів. У свою чергу, сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи здійснює збирання доказів шляхом витребування документів висновків ревізій, актів перевірок, висновків експертів (ч. 1–3 ст. 93 КПК). Оцінка доказів ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження[6].

Процес доказування економічних злочинів має свої особливості: 1) порядок збору доказової інформації (тимчасовий доступ до речей та документів, який проводиться тільки на підставі ухвали слідчого судді; проведення профільних експертиз – економічних, бухгалтерських тощо); 2) різновидом доказів є специфічний вид документів фінансово-господарської діяльності, які можуть бути знищені суб'єктом господарювання; 3) встановлення злочинного умислу особи; 4) відстеження реалізації грошових коштів (майновий характер злочину); 5) визначення повноважень службових осіб.

Для пошуку доказової інформації слідчий або прокурор, які здійснюють досудове розслідування, повинні володіти знаннями у сфері економіки. Особлива увага під час розслідування економічних злочинів звертається на комплекс дій, спрямованих на збір доказів. До таких процесуальних дій можна віднести: слідчі (розшукові) дії (допит, огляд, обшук, освідування особи, пред'явлення для впізнання, слідчий експеримент, експертиза) та негласні слідчі (розшукові) дії (аудіо-, відеоконтроль особи, аудіо-, відеоконтроль місця, контроль за вчиненням злочину, зняття інформації з електронних інформаційних систем тощо), тимчасовий доступ до речей та документів, проведення експертиз та інше.

Тимчасовий доступ до речей та документів застосовується у разі необхідності вилучення ряду документів щодо господарської діяльності підприємства. Це можуть бути договори, угоди, товарно-транспортні накладні, видаткові накладні тощо. Зазначена процесуальна дія при розслідуванні економічних злочинів може належати до першочергових, оскільки існує ризик знищення документації. Вилучені документи потрібні для призначення експертизи та отримання відомостей щодо розслідування.

Залучення експерта та використання його спеціальних знань у сфері економіки допоможе встановити шкоду, яка завдана злочином. До різновидів експертизи відносять: економічну, експертизу документів бухгалтерського, податкового обліку й звітності, експертизу документів фінансово-кредитних операцій, будівельно-технічну та інші.

У кримінальних провадженнях щодо злочинів, які вчиняються у сфері економіки, обов'язково проводяться слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії щодо з'ясування обставин провадження. Допити осіб, проведення обшуків та оглядів є обов'язковими процесуальними діями в рамках розслідування. У свою чергу, негласні слідчі (розшукові) дії можуть проводитись лише щодо тяжких або особливо тяжких злочинів, але їх проведення та закріплення має важливу силу в якості доказів.

Висновки. Враховуючи зазначене вище, потрібно наголосити, що доказування злочинів у сфері економіки полягає у зборі, фіксації, перевірці та оцінці доказів на стадії досудового розслідування кримінального провадження. Процес доказування економічних злочинів має свої особливості: порядок збору доказів; специфічний вид документів фінансово-господарської діяльності; встановлення злочинного умислу особи; відстеження реалізації грошових коштів. Розслідування економічних злочинів являє собою складний поетапний процесуальний механізм притягнення осіб до відповідальності, виконуючи основні завдання кримінального процесуального законодавства.

Під час розслідування економічних злочинів проводяться наступні процесуальні дії, спрямовані на збір доказів: слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії, тимчасовий доступ до речей та документів, проведення експертиз та інші дії, направлені на встановлення істини у кримінальному провадженні.

---

[1] *Волобуєв А.Ф.* Особливості відкриття кримінальних проваджень щодо економічних злочинів. *Актуальні проблеми кримінального та процесу*: матеріали III Всеукраїнської наук.-практ. конференції (м. Кривий Ріг, 16 червня 2017 р.). 287 с. С. 18.

[2] *Пчеліна О.В.* Тактичні завдання розслідування економічних злочинів. *Право і Безпека* – 2010. № 5 (37). URL: http://docs.google.com/viewer?a=v&g=cache:GIJUlg6GEls

[3] *Берлач А.І.* Зміст і засоби економіко-правового аналізу для виявлення та розслідування економічних правопорушень. *Використання сучасних досягнень науки і практики у підвищенні ефективності боротьби зі злочинністю*: тези доповідей наук.-практ. конференції. Київ: НАВСУ, 2000. С. 278–279.

[4] *Кримінальний процесуальний кодекс України: Відомості Верховної Ради*. 2013, № 9–10, 11–12, 13. Ст. 88. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n5941

[5] Там само.

[6] Там само.

References:

Volobuiev, A.F. Osoblyvosti vidkryttia kryminal'nykh provadzhen' schodo ekonomichnykh zlochyniv. *Aktual'ni problemy kryminal'noho ta protsesu:* Materialy III Vseukrains'koi naukovo-praktychnoi konferentsii (m. Kryvyj Rih, 16 chervnia 2017 r.) [in Ukrainian].

Pchelina, O.V. (2010). Taktychni zavdannia rozsliduvannia ekonomichnykh zlochyniv. *Pravo i Bezpeka,* 5 (37). URL: http://docs.google.com/viewer?a=v&g=cache:GIJUlg6GEls [in Ukrainian].

Berlach, A.I. (2000). Zmist i zasoby ekonomiko-pravovoho analizu dlia vyiavlennia ta rozsliduvannia ekonomichnykh pravoporushen'. *Vykorystannia suchasnykh dosiahnen' nauky i praktyky u pidvyschenni efektyvnosti borot'by zi zlochynnistiu:* Tezy dopovidej naukovo-praktychnoi konferentsii. K.: NAVSU, 278–279 [in Ukrainian].

Kryminal'nyj protsesual'nyj kodeks Ukrainy. (2013). *Vidomosti Verkhovnoi rady (VVR),* 9–10, 11–12, 13, 88. URL: https://zakon.rada.gov.ua/lavs/shov/4651-17#n5941 [in Ukrainian].

Резюме

Часова Т.О. **Особливості доказування економічних злочинів.**

Стаття присвячена дослідженню процесу розслідуванню економічних злочинів, особливостей їх доказування та проблем, які виникають у процесі цього. Економічні злочини вчиняються у сфері господарської діяльності або під її прикриттям, тому потрібно розрізняти вид злочину, обставини вчинення та засоби доказування.

Окрема увага приділяється процесуальним діям у процесі розслідування кримінального провадження: слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії, тимчасовий доступ до речей та документів, експертиза.

Ключові слова: економічна злочинність, докази, доказування, досудове розслідування, кримінальне провадження, слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії.

Резюме

Часова Т.А. **Особенности доказывания экономических преступлений.**

Статья посвящена исследованию процесса расследования экономических преступлений, особенностей их доказывания и проблем, возникающих в процессе этого. Экономические преступления совершаются в сфере хозяйственной деятельности или под ее прикрытием, поэтому нужно различать вид преступления, обстоятельства совершения и средства доказывания.

Особое внимание уделяется процессуальным действиям в процессе расследования уголовного производства: следственные (розыскные) действия, негласные следственные (розыскные) действия, временный доступ к вещам и документам, экспертиза.

Ключевые слова: экономическая преступность, доказательства, доказывание, досудебное расследование, уголовное производство, следственные (розыскные) действия, негласные следственные (розыскные) действия.

Summary

Tetiana Chasova. **Features of proving economic crimes.**

Scientific interest in the problem of proving criminal proceedings for economic crimes is caused by the urgent need to close loopholes of legislation in this area. Investigating the peculiarities of the evidence will increase the efficiency of the officers conducting the pre-trial investigation, bring those responsible to justice and recover damages.

The process of investigating economic crimes can be complicated by the following problems: a crime may be committed not by one person but by several persons, since the nature of economic crimes by its nature must have a well-thought-out plan of action; mandatory presence of intellectual element of the act; There may be several episodes of criminal activity. Persons committing economic crimes have the power of authority while in office and in the performance of their functional responsibilities. At present, there is an urgent need to improve the system of investigation of economic crimes.

Investigation of economic crimes is a priority of law enforcement agencies. In order to increase the effectiveness of pre-trial investigation and to prevent errors in proving such a category of cases, it is necessary to pay attention to the specifics of the investigation process.

Evidence of economic crime consists in the collection, recording, verification and evaluation of evidence at the pre-trial stage of criminal proceedings. The process of proving economic crimes has its own peculiarities: the procedure for gathering evidence; specific type of documents of financial and economic activity; establishment of a criminal intent of a person; tracking cash flow. Economic

crime investigation is a complex step-by-step procedural mechanism for bringing persons to justice, fulfilling the main tasks of criminal procedure law.

During the investigation of economic crimes, the following procedural steps are taken to gather evidence: investigative (investigative) actions and unspoken investigative (investigative) actions, temporary access to things and documents, expertise and other actions aimed at establishing the truth in criminal proceedings.

Key words: economic crime, evidence, evidence, pre-trial investigation, criminal proceedings, investigative (investigative) actions, unspoken investigative (investigative) actions.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.57

УДК: 343.9.01

О.М. БУРДА

Олександр Миколайович Бурда, *аспірант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*[*]

ORCID: 0000-0002-9752-1480

КІЛЬКІСНІ ТА ЯКІСНІ ПОКАЗНИКИ КРАДІЖОК, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ В МЕРЕЖІ РОЗДРІБНОЇ ТОРГІВЛІ

Постановка проблеми. У сучасному світі глобалізаційні процеси охопили всі сфери суспільного життя, в тому числі й сферу «рітейлу». У роздрібній торгівлі спостерігається активне поглинення вітчизняного ринку великими торгівельними мережами. На зміну малим архітектурним формам приходять супермаркети, гіпермаркети та торгово-розважальні центри. Для вказаних об'єктів характерним є те, що, на відміну від торгівлі через прилавок, у покупців відсутній безпосередній контакт із продавцем. Натомість є вільний та безперешкодний доступ до товарів. З одного боку, це полегшує та спрощує вибір необхідних товарів, а з іншого, – створює сприятливі умови для вчинення крадіжок.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемі злочинів проти власності присвячені роботи таких вітчизняних вчених, як Б.М. Головкін, О.О. Дудоров, М.І. Панов, М.І. Хавронюк та інші. Разом із тим, незважаючи на існування численних публікацій, питання щодо вивчення кількісних та якісних показників крадіжок у роздрібній торгівлі не знайшло свого відображення у працях науковців.

Формулювання мети. У статті здійснено спробу встановити найбільш загальні кількісні та якісні показники крадіжок, що вчиняються в мережі роздрібної торгівлі.

Виклад основного матеріалу. Крадіжки в мережі роздрібної торгівлі належать до злочинів проти власності. Б.М. Головкін провівши кримінологічний аналіз злочинів проти власності, зауважує, що за масштабами і темпами поширення в суспільстві вони традиційно посідають перше місце (понад 60 %) у структурі всієї злочинності, а тому значною мірою визначають криміногенну ситуацію в державі в цілому, демонструють стан майнової й особистої безпеки в ній[1]. Вони охоплюють основний масив злочинів та носять корисливий характер[2].

Сказане обумовлює необхідність у проведенні предметного дослідження явища крадіжок, що вчиняються у торгівельних мережах. Для цього необхідно здійснити кримінологічний аналіз кількісних та якісних показників крадіжок, що вчиняються у мережі роздрібної торгівлі. На підставі такого аналізу можна буде простежити основні тенденції крадіжок у мережі роздрібної торгівлі за останні шість років.

За словами А.П. Закалюка, під кримінологічним аналізом слід розуміти дослідження інформації щодо об'єктів, які становлять предмет кримінології, та інших об'єктів з метою визначення їхнього кримінологічного змісту й значення[3].

Рівень крадіжок у мережі роздрібної торгівлі для наочності відображено у табл. 1. Дані сформовані на підставі офіційних статистичних відомостей Генеральної прокуратури України.

Таблиця 1

Рівень крадіжок в мережі роздрібної торгівлі за 2013–2018 рр.

Показники	РОКИ					
	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Кількість облікованих злочинів	14 842	17 552	19 977	23 807	23 732	24 322

Із наведених даних бачимо, що в 2018 р. було вчинено 24382 крадіжки в закладах роздрібної торгівлі. У середньому за період 2013–2018 рр. вчинялось 20705 крадіжок у мережі роздрібної торгівлі. Таким чином, рівень крадіжок у 2018 р. порівняно із 2013 р. зріс більше ніж на половину. Представлені показники вказують

© О.М. Бурда, 2019

[*] ***Oleksandr Burda,*** *Postgraduate student of Yaroslav Mudryi National Law University*

на об'єктивне збільшення крадіжок, вчинених на об'єктах роздрібної торгівлі за останні шість років. Наведені показники можуть свідчити про:

1) збільшення кількості фактично вчинених злочинів та кількості виявлених осіб, що вчинили ці злочини;

2) збільшення рівня довіри до правоохоронних органів і, як наслідок, зростання заявницької активності з боку власників та співробітників об'єктів роздрібної торгівлі;

3) покращення роботи правоохоронних органів щодо виявлення підозрюваних осіб.

Водночас паралельний аналіз основних показників роздрібної торгівлі щодо загального обсягу товарообороту за аналогічний період вказує на інше. Дані щодо загального обсягу роздрібного товарообороту відображені у табл. 2.

Таблиця 2

Відомості щодо загального обсягу роздрібного товарообороту в мережі роздрібної торгівлі, млн грн, за період 2013–2018 рр.

Показники	Р О К И					
	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Обсяг роздрібного товарообороту в мережі роздрібної торгівлі, млн грн	433 081	438 343	487 558	555 975	586 330	668 369

За період з 2013 по 2018 рр. спостерігається значний приріст валового товарообороту в мережі роздрібної торгівлі, що зумовило збільшення кількості фактично вчинених крадіжок на об'єктах роздрібної торгівлі. Разом із тим збільшення кількості товарообороту в мережі роздрібної торгівлі не супроводжується зростанням рівня охорони товару. Як правило, власники об'єктів роздрібної торгівлі не в змозі або не бажають забезпечити належну охорону товару з різних причин.

Слід зауважити, що відомості про кількість зареєстрованих кримінальних правопорушень за ст. 185 КК України (в межах об'єктів роздрібної торгівлі) дають загальне уявлення про рівень цих злочинів в кількісних показниках. Для дослідження рівня фактичної злочинності в мережі роздрібної торгівлі обов'язково необхідно враховувати показники рівня латентності досліджуваних злочинів.

В.Ф. Оболенцев під латентною злочинністю пропонує розуміти сукупність фактично вчинених, однак не виявлених або таких, що внаслідок інших певних обставин не стали відомими правоохоронним і судовим органам, злочинів, відомості про які у зв'язку з цим не знаходять відображення в офіційній кримінально-правовій статистичній звітності[4]. До сьогодні в кримінологічних колах немає одностайності в питанні визначення рівня латентності крадіжок. Одні науковці відносять крадіжки до злочинів із середнім рівнем латентності, а інші – до злочинів із високим рівнем латентності.

За результатами проведеного анкетування та інтерв'ювання власників і працівників об'єктів роздрібної торгівлі, а також представників приватних охоронних фірм (що надають свої послуги у сфері ритейлу), вдалось встановити, що лише в 17,3 % випадків потерпілі особи повідомляють правоохоронні органи про вчинений злочин. Проте 82,7 % випадків крадіжок залишаються невідомими (латентними) з тих чи інших причин. Високий ступінь латентності крадіжок в мережі роздрібної торгівлі можна пояснити таким:

1) на багатьох об'єктах роздрібної торгівлі немає особи, на якій безпосередньо лежить обов'язок із запобігання та виявлення крадіжок;

2) часто встановити точну дату та час крадіжки практично неможливо, оскільки факт крадіжки виявляється через певний проміжок часу після її фактичного вчинення.

Аналіз якісних показників злочинності здійснено через дослідження структури злочинності. Традиційно під структурою злочинності пропонується розуміти розподіл генеральної сукупності злочинів на однорідні групи. Дослідження частки крадіжок у мережі роздрібної торгівлі в загальній кількості крадіжок показало зростання питомої ваги цих злочинів: 2013 р. – 6,1 %; 2014 р. – 7,74 %; 2015 р. – 7,3 %; 2016 р. – 7,63 %; 2017 р. – 9,08 %; 2018 р. – 10,2 %. Більш детально зазначені показники відображені в абсолютних показниках у табл. 3.

Таблиця 3

Структурний розподіл крадіжок за 2013–2018 рр.

	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Загальна кількість крадіжок	242769	226833	273756	282947	261282	238416
з об'єктів роздрібної торгівлі	14842	17552	19977	23807	23732	24321
	6,1 %	*7,7 %*	*7,3 %*	*7,6 %*	*9,08 %*	*10,2 %*
з квартир	17450	18992	21379	27204	25171	20228
з автомобілів	9638	9659	10790	13612	10641	9619
кишенькові	6798	5695	6626	9604	7043	7923
з дач, садових будинків	4532	4700	6479	8737	6674	5171
у пасажирів	2109	2148	2630	3650	1904	1957
вантажів на транспорті	833	1105	1091	1083	214	245

Як бачимо, останнім часом простежується тенденція до збільшення питомої ваги крадіжок в мережі роздрібної торгівлі. Таке збільшення призвело до того, що в 2018 р. крадіжки, вчинені з об'єктів роздрібної торгівлі, вийшли на перше місце з-поміж усіх інших видів крадіжок. Хоча до цього незмінне перше місце було за квартирними крадіжками. З огляду на це слід констатувати, що кожна десята крадіжка в Україні у 2018 р. була вчинена в мережі роздрібної торгівлі. Аналіз наведених показників дає змогу висунути припущення про масовість досліджуваного явища.

Безпосереднім місцем вчинення крадіжок у переважній більшості випадків стають торгові зали об'єктів роздрібної торгівлі: на них припадає 80,8 % випадків від усіх вчинюваних крадіжок. Торгове місце або прилавок стають місцем вчинення злочину в 9,2 % випадків. Приблизно в 7,2 % випадків місцем вчинення злочину стають примірочні. Зі складів та сховищ закладів роздрібної торгівлі викрадають товар у 2 % випадків. На касі вчиняється 0,8 % крадіжок. З наведеного слідує, що злочинці обирають насамперед ті об'єкти, які мають велику торгову площу, налічують великий асортимент товару, здатні одночасно пропустити велику кількість покупців і, що найголовніше, характеризуються вільним та безперешкодним доступом до товару.

Час вчинення крадіжок доцільно розбити на два основних періоди доби: а) період з моменту відкриття закладів торгівлі і до обідньої перерви; б) період після обідньої перерви і до закриття закладів торгівлі.

На перший період (09.00–12.00) припадає близько 14 % випадків крадіжок. Як правило, це початок робочого дня, людинопотік у торговому залі є незначним, а отже, увага буде прикута до поодиноких покупців. Основний час вчинення крадіжок припадає на післяобідню перерву і триває до закриття (15.00–22.00) – 83,2 %. Наведене дає змогу припустити, що крадії використовують найбільш напружені періоди роботи закладів роздрібної торгівлі. Уночі (24.00–06.00) з торгівельних точок крадуть лише в 2,8 % випадків. Це пояснюється тим, що більшість магазинів не працює цілодобово.

З наведеного випливає, що крадіжки в мережі роздрібної торгівлі поділяються на два основних види: 1) крадіжки, що вчиняються в робочий час (97,2 %); 2) крадіжки, що вчиняються в неробочий час (2,8 %).

Хоча крадіжки з магазинів є постійним явищем, яке відбувається цілий рік, вони також мають певні сезонні особливості. Так, за даними дослідження «Global Retail Theft Barometer» найбільше крадуть взимку – 46 %, восени кількість крадіжок дещо менша – 24 %, навесні частка крадіжок становить 18 %, а літо є найменш сприятливим для крадіжок з торгівельних точок – лише 12 %[5]. Пояснюється це тим, що в холодну пору року крадіям легше сховати викрадений товар під верхнім одягом. Крім того, ряд товарів має сезонне використання (призначення). Крадіжки також найчастіше вчиняються в період свят та рекламно-розважальних заходів.

Під час інтерв'ювання крадії відзначають, що найпоширенішими способами крадіжок є викидання речей у вікно магазину, відривання магнітних міток, одягнення викраденого одягу поверх свого тощо[6].

Серед предметів злочинних посягань переважають малогабаритні товари широкого господарського вжитку та повсякденного використання. Найчастіше із продуктів харчування викрадають ікру червону/чорну (57 %), шоколад (15 %), каву (9,5 %). Серед алкогольних напоїв переважають дороговартісні віскі та коньяк. Із електронної техніки найчастіше викрадають мобільні телефони та аксесуари до них. Серед предметів першої необхідності домінують засоби для гоління, зубні щітки, парфуми.

Дослідження показників динаміки злочинності дає змогу простежити зміни рівня злочинів на території України за певний проміжок часу. На зміну показників динаміки можуть впливати різноманітні фактори, фонові явища[7] тощо.

Динаміка крадіжок у мережі роздрібної торгівлі за 2013–2018 рр.



Із наведеного графіка вбачаються незначні коливання динаміки і загальна тенденція до збільшення кількості облікованих злочинів. Абсолютний приріст крадіжок з торгівельних мереж за період з 2013 по 2018 рр. становив 9480 злочинів. При цьому темп зростання досяг 163,9 %. Темп приросту за досліджуваний період був 63,9 %. Разом із тим коливання динаміки крадіжок у мережі роздрібної торгівлі йдуть у розріз із загальною тенденцією щодо зниження кількості крадіжок.

Пояснити таку тенденцію можна тим, що, по-перше, суттєвий вплив на переорієнтацію крадіїв спричинило збільшення валового товарообороту роздрібної торгівлі. Детально про показники сукупного товарообороту було зазначено раніше. По-друге, об'єкти роздрібної торгівлі розташовуються переважно в густонаселених адміністративно-територіальних одиницях. По-третє, заклади роздрібної торгівлі відходять від торгівлі через прилавок і все активніше впроваджують принцип самообслуговування. Запровадження вільного та безперешкодного доступу до товарів неабияк стимулює крадіїв.

Що стосується ціни злочинності, то в межах нашого дослідження вона розглядається як матеріальна шкода, заподіяна крадіжками, що вчиняються в мережі роздрібної торгівлі. За експертними оцінками, щорічно в Україні викрадається товарів із магазинів роздрібної торгівлі на суму понад один мільярд гривень. Звідси випливає, що кожна 20 одиниця товару – украдена. Хоча, як зазначають фахівці, масштаби цього явища набагато більші. Через крадіжки об'єкти роздрібної торгівлі зазнають втрати близько 1–1,5 % від сукупного прибутку[8].

Висновки. На підставі проведеного аналізу вдалось встановити щорічне збільшення кількості крадіжок у мережі роздрібної торгівлі. Із вищенаведеного зрозуміло, що зростання товарообороту є наслідком збільшення кількості таких крадіжок. Не зважаючи на загальне зменшення кількості крадіжок, рівень крадіжок у мережі роздрібної торгівлі продовжує зростати, оскільки заклади роздрібної торгівлі недостатньо звертають увагу на питання охорони товару. З огляду на це більш детальне дослідження основних показників крадіжок, що вчиняються у мережі роздрібної торгівлі, є нагально необхідним. Це дасть змогу в короткостроковій перспективі запропонувати основні засоби запобігання цьому явищу.

---

[1] Головкін Б.М. Кримінологічний аналіз злочинів проти власності. *Теорія і практика правознавства.* 2013. Вип. 2. С. 1–10. С. 1. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/5963

[2] Головкін Б.М. Види злочинності. *Журнал східноєвропейського права*. 2015. № 18. С. 14–21. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/10145/1/Golovkin_14-21.pdf

[3] Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3 кн. Київ: Видавничий дім «ІнЮре», 2008. Кн. 3: Практична кримінологія. 320 с. С. 68.

[4] Оболенцєв В.Ф. Латентна злочинність: проблеми теорії та практики попередження. Харків: СПДФО Вапнярчук Н.М., 2005. 128 с. С. 12.

[5] The Global Retail Theft Barometer 2014–2015. URL: https://www.odesus.gr/images/nea/eidhseis/2015/3.Global-Retail-Theft-Barometer-2015/GRTB%202015_web.pdf

[6] На власному досвіді: шопліфтер – про те, як і навіщо він краде у київських магазинах. URL: https://bzh.life/ua/lyudi/ludina-lichnom-opite-shoplifter

[7] Головкін Б.М. Роль фонових явищ у детермінації злочинності. *Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення*. (м. Київ, 20 березня 2014 р.). С. 12–16. URL: https://www.naiau.kiev.ua/files/naukova-diyalnist/naukovi-zaxodi/zbirnuki/zbir-tez-kriminol.pdf

[8] Василь Худицький. За рік із магазинів роздрібної торгівлі поцупили товарів на суму понад мільярд гривень. URL: https://dt.ua/business/usushki-i-utruski-256927_.html

References:

Osnovni pokaznyky rozdribnoi torhivli. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2005/sr/trg_ric/trg_u/2002.html [in Ukrainian].

Optovyi ta rozdribnyi tovarooborot pidpryiemstv optovoi ta rozdribnoi torhivli u 2018 rotsi. URL: https://ukrstat.org/uk/operativ/operativ2018/sr/roz/roz_u/roz1318_u.htm [in Ukrainian].

Holovkin, B.M. (2013). Kryminolohichnyi analiz zlochyniv proty vlasnosti. *Teoriia i praktyka pravoznavstva,* 2, 1–10, 1 URL: http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/5963 [in Ukrainian].

Holovkin, B.M. (2015). Vydy zlochynnosti. *Zhurnal skhidnoievropeiskoho prava.* 2015, 18, 14–21 URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/10145/1/Golovkin_14-21.pdf [in Ukrainian].

Zakaliuk, A.P. (2008). Kurs suchasnoi ukrainskoi kryminolohii: teoriia i praktyka: u 3-kh kn. Kn. 3 «Praktychna kryminolohiia». Kyiv: Vydavnychyi dim «InIure» [in Ukrainian].

Obolentsev, V.F. (2005). Latentna zlochynnist: problemy teorii ta praktyky poperedzhennia. Kharkiv: SPDFO Vapniarchuk N.M. [in Ukrainian].

The Global Retail Theft Barometer 2014–2015. URL: https://www.odesus.gr/images/nea/eidhseis/2015/3.Global-Retail-Theft-Barometer-2015/GRTB%202015_web.pdf [in English].

Na vlasnomu dosvidi: shoplifter – pro te, yak i navishcho vin krade u kyivskykh mahazynakh. URL: https://bzh.life/ua/lyudi/ludina-lichnom-opite-shoplifter [in Ukrainian].

Holovkin, B.M. (2014). Rol fonovykh yavyshch u determinatsii zlochynnosti. *Kryminolohichna teoriia i praktyka: dosvid, problemy sohodennia ta shliakhy yikh vyrishennia.* (m. Kyiv, 20 bereznia 2014 roku). 12–16. URL: https://www.naiau.kiev.ua/files/naukova-diyalnist/naukovi-zaxodi/zbirnuki/zbir-tez-kriminol.pdf [in Ukrainian].

Khudytskyi, Vasyl. Za rik iz mahazyniv rozdribnoi torhivli potsupyly tovariv na sumu ponad miliard hryven. URL: https://dt.ua/business/usushki-i-utruski-256927_.html [in Ukrainian].

Резюме

Бурда О.М. **Кількісні та якісні показники крадіжок, що вчиняються в мережі роздрібної торгівлі.**

У статті здійснено спробу встановити та проаналізувати найбільш загальні кількісні та якісні показники крадіжок, що вчиняються в мережі роздрібної торгівлі. Встановлено значне зростання рівня крадіжок у мережі роздрібної торгівлі. Зауважено, що при оцінці фактичного рівня злочинності необхідно обов'язково враховувати показники латентності. Аналіз якісних показників злочинності проведено шляхом розподілу генеральної сукупності крадіжок на певні однорідні групи. Виокремлено час, місце, основні способи вчинення крадіжок у торгівельних мережах. Проаналізовано динаміку крадіжок у мережі роздрібної торгівлі за останні шість років. Обґрунтовано розуміння ціни крадіжок. Окреслено подальші перспективи наукових розвідок із даного питання.

Ключові слова: крадіжки, рітейл, магазин, супермаркет, мережа роздрібної торгівлі.

Резюме

Бурда А.Н. **Количественные и качественные показатели краж, совершаемых в сети розничной торговли.**

В статье предпринята попытка установить и проанализировать наиболее общие количественные и качественные показатели краж, совершаемых в сети розничной торговли. Установлен значительный рост уровня краж в сети розничной торговли. Отмечается, что при оценке фактического уровня преступности необходимо обязательно учитывать показатели латентности. Анализ качественных показателей преступности проведен путем распределения генеральной совокупности краж на определенные однородные группы. Выделены время, место, основные способы совершения краж в торговых сетях. Проанализирована динамика краж в сети розничной торговли за последние шесть лет. Обосновано понимание цены краж. Определены дальнейшие перспективы научных исследований по данному вопросу.

Ключевые слова: кражи, ритейл, магазины, супермаркет, сеть розничной торговли.

Summary

Oleksandr Burda. **Quantitative and qualitative indicators of shoplifting.**

The article presents the results of an empirical study of retail theft. The main basis of the study was the materials of the sample summarization of criminal proceedings and the adopted sentences of Ukrainian judges over the last four years.

On the basis of the obtained results an attempt was made to establish and analyze the most common quantitative and qualitative indicators of thefts committed in the retail network. The author found a significant increase in the level of thefts in the retail network. It has been suggested that there are possible causes for this growth. The substantiated explanations of the established phenomenon are given.

In assessing the actual crime rate, account is taken of the latency rates of thefts perpetrated in the retail network. The latency level was estimated based on the results of interviewing victims.

The analysis of qualitative indicators of crime was carried out by dividing the totality of thefts into certain homogeneous groups. It has been established that over the last five years there has been a tendency for an increase in the share of thefts in the retail network. It is stated that in 2018, every tenth theft in Ukraine was committed in the retail network

The time, place, the main ways of committing thefts in trading networks are separated. The seasonal nature of the investigated crimes is described. The seasonality of thefts is explained. It has been established that the most popular items that have been stolen over the last five years are: red / black caviar, chocolate, coffee. Alcohol was often stolen whiskey and brandy. Shaving supplies, toothbrushes and perfumes were stolen from the essentials.

The criminological analysis of the dynamics of thefts in the retail network was conducted. There was a slight fluctuation in the dynamics and an overall tendency to increase the number of crimes reported. It also analyzes the absolute growth, growth rate, and growth rate of thefts over the past five years.

An understanding of the price of thefts is justified. The main indicators of the amount of damage are given. The further prospects of scientific research on this issue are outlined.

Key words: thefts, retail, shops, supermarket, retail network.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.58
УДК 343.9

Є.В. ВІБЛИЙ

Євгеній Валерійович Віблий, *аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ*[*]
ORCID: 0000-0003-2818-9346

СТАДІЇ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ В ІСТОРІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Дослідження розвитку кримінального права та законодавства дає можливість застерегти від нових помилок при застосуванні правових норм. Накопичений історичний досвід важливо враховувати сучасним дослідникам, законодавцю і практикуючим юристам.

Саме тому спірні питання про стадії вчинення злочину, які вимагають подальшого вивчення і знаходження оптимальних шляхів рішення, є актуальними в історичному контексті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Історичний розвиток регулювання стадій вчинення злочину досліджували у своїх роботах провідні вчені юристи, як-от: М.І. Колос, А.Г. Манькова, К.Т. Тадєєва, А.В. Горностай, В.П. Тихий, О.І. Чистякова та ін.

Однак багато питань залишились недослідженими та вимагають подальшого наукового розвитку. Це стосується і обраної теми наукової статті.

Формулювання мети статті. Виходячи з недостатності дослідження обраної теми, мета статті полягає у визначенні становлення та історичного розвитку регулювання інституту стадій скоєння злочину.

Виклад основного матеріалу. Розвиток інститут стадій скоєння злочину в Україні має давню історію. Першою пам'яткою права, в якій можна простежити зародження даного інститут, є Руська Правда[1]. Даний історичний документ не містить прямого поділу злочину на стадії його вчинення. Проте, виходячи зі змісту статей, можна виділити дві стадії скоєння злочину – замах і закінчений злочин. Так замах на вчинення злочину міститься в ст. 9 Короткої редакції і відповідній їй ст. 24 Широкої редакції Руської Правди. У даних статтях йдеться про випадок, коли особа дістала меч з піхви, але не завдала удару. Закінчений злочин закріплено в ст. ст. 1, 3, 6, 7, 19, 27, 30, 31, 88, 89 та ін.

Такі джерела середньовічного права, як Судебники 1497 р. та 1550 р., не закріплювали стадій вчинення злочину.

Інститут стадій скоєння злочину отримав розвиток у Соборному уложенні 1649 року. З точки зору А.Г. Манькова, уложення розрізняє такі стадії злочину, як умисел, замах на злочин і вчинення злочину[2]. Відповідно до ст. 1 гл. 2 умисел вчинити злочин проти життя і здоров'я государя карається стратою («Будет кто каким умышлением учнет мыслить на государьское здоровье злое дело… и такова по сыску казнить смертию»). Також замах на злочин і вчинення злочину можна простежити і в ст. 105 гл. 10. А саме, якщо хтось у суді на кого-небудь замахнеться якою-небудь зброєю, але не вдарить, то злочинець карається биттям кийками, якщо завдасть удару і ранить, то карається биттям батогом, а якщо потерпілий помре від отриманих ран, то злочинець підлягає смертній карі.

Отже, Соборне Уложення 1649 р. розділяє покарання залежно від стадії скоєння злочину.

Кримінальне законодавство петровської епохи продовжує традиції Соборного уложення 1649 р., однак Артикул Воїнський виділяє дві стадії скоєння злочину: замах і закінчений злочин[3]. Замахом на злочин вважаються умисні дії (бездіяльність) особи, безпосередньо спрямовані на вчинення злочину, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця. Більшість статей, які присвячені замаху на злочин, причини не доведення злочину до кінця або не виділяють (арт. 144), або злочин не доводиться до кінця з незалежних від особи обставин (арт. арт. 164, 185). Як вказує О.І. Чистякова, замах (початок виконання злочину) відрізнявся від закінченого злочину[4]. Зазвичай, вони каралися однаково (до прикладу, замах на вбивство карався однаково із закінченим злочином – арт. 164). Проте був один виняток (арт. 167) – замах на зґвалтування. У даному випадку суд мав право пом'якшити міру покарання на свій розсуд (за закінчений злочин встановлювалася смертна кара).

Після періоду правління Петра І тривалий час у кримінальному праві явних змін сфері правового регулювання стадій скоєння злочину не відбувалося аж до 1845 року. Уложенням про покарання кримінальні та виправні 1845 р. було включено 13 статей, що містять норми про поняття закінченого та незакінченого злочинів (ст. 8–12, 117–121, 127–128). Статтею 8 Уложення було визначено злочин як послідовний розвиток протиправної поведінка особи, що включає кілька етапів: ««при суждении о преступлениях умышленных принимаются в уважении и различаются: один лишь чрез что-либо обнаруженный умысел, приготовление к приведению оного в действо, покушение на совершение и самое совершение преступления»[5].

© Є.В. Віблий, 2019

[*] ***Yevhenii Viblyi,*** *Postgraduate student of Kharkiv National University of Internal Affairs*

У перших нормативно-правових актах Радянської влади містилися заклики до нещадного придушення контрреволюційних виступів, в тому числі «попыток анархии со стороны пьяниц, хулиганов, контрреволюционных юнкеров, корниловцев»[6].

У постанові ВЦВК від 5 січня 1918 р. теж вживається термін «спроба», але вже стосовно скоєння конкретного злочину: «… всякая попытка со стороны кого бы то ни было или какого бы то ни было учреждения присвоить себе те или иные функции государственной власти будет рассматриваться как контрреволюционное действие…»[7].

Однак вже з середини 1918 р. термін «спроба» не зустрічається в правових актах Радянської влади, його замінює термін «замах».

У Декретах РНК від 8 травня 1918 р. «Про хабарництво» та від 22 липня 1918 р. «Про спекуляції»[8] говорилося про караність замаху на отримання або дачу хабара, на вчинення діяння, щодо спекуляції, як закінченого злочину. Таке ж формулювання містилося у постанові РНК «Про набатний дзвін» від 30 липня 1918 року. Постановою Касаційного відділу ВЦВК від 6 жовтня 1918 р., що визначала підсудність Революційних трибуналів, вперше вживається термін: «підготовча стадія».

Отже, закріплюючи кримінальну відповідальність за вчинення тих чи інших злочинів, законодавство перших років Радянської влади в деяких випадках пов'язує караність не лише з вчиненням закінченого злочину, а й із такими його стадіями, як приготування та з замахом на вчинення злочину. Що стосується замаху на злочин, то не застосовувався термін «стадія», оскільки нерідко під замахом розумівся закінчений злочин, наприклад, терористичні акти визначалися в кримінально-правових актах тих років як терористичні замахи. Караним визнавався лише замах, без будь-якого пом'якшення покарання.

До видання Керівних засад РРФСР 1919 р. суди керувалися при розгляді кримінальних справ нормами декретів, постанов, звернень та закликів, і саме в кримінальному законодавстві перших років Радянської влади були закладені принципи радянського кримінального права і його інститути. Нова влада під керівництвом партії більшовиків ліквідувала старий державний апарат і створювала радянське соціалістичне кримінальне право, виробляла нову законність та новий правопорядок.

З перших років свого існування радянська держава використовувала інститут кримінальної відповідальності для запобігання посягань та припинення найбільш тяжких злочинів вже в момент їх зародження, тобто на етапі приготування. Отже, жорсткість і репресивна спрямованість кримінального закону виправдовувалися вимогами революційного часу, громадянської війни та воєнної інтервенції.

Прийняті 12 грудня 1919 р. «Керівні засади з кримінального права РРФСР»[9] (які з часом поширили дію і на підконтрольні більшовикам території сучасної України[10]) були результатом узагальнення судово-трибунальної практики за перші роки існування Радянської держави і являли собою першу систематизацію раніше виданих правових актів[11].

«Керівні засади» вперше сформулювали вихідні принципи і положення побудови загальної частини майбутнього Кримінального кодексу. Розділ IV цього нормативно-правового акта називався «Про стадії скоєння злочину» і включав чотири статті (ст. ст. 17–20), в яких вперше визначалося поняття закінченого злочину (ст. 17), замаху на злочин (ст. 18) та готування до вчинення злочину (ст. 19). Визначався порядок призначення заходів репресії за готування і замах, ст. 20 виділяла лише один критерій – ступінь небезпеки злочинця, що було характерним для того часу, і вказувала, що «стадія не впливає на міру репресії». Проте надалі термін «стадії скоєння злочину» не застосовувався в законодавстві Радянської Росії.

«Основні засади кримінального законодавства СРСР і союзних республік», прийняті 31 жовтня 1924 р.[12], закріпляли обов'язок судів при виборі заходів соціального захисту керуватися не лише ступенем небезпеки особи, як це зазначалося раніше, а також ступенем здійснення злочинного наміру, тобто з урахуванням стадій вчинення злочину і близькістю настання суспільно небезпечних наслідків.

Достатньо детально стадії вчинення злочину закріплював КК УСРР, який набрав чинності 1 липня 1927 року. Так, відповідно до ст. 17 КК УСРР 1927 р. за замах на злочин суд мав призначати ті самі заходи соціальної оборони, що й за вчинений злочин, враховуючи при цьому ступінь соціальної небезпечності особи, що вчинила замах. За готування до злочину (ст. 18 КК УРСР 1927 р.) заходи соціального захисту, за загальним правилом, не передбачалися. При цьому, коли у підготовчих діях було виявлено небезпеку того злочину, до якого відбувалось готування, до винного можна було застосувати один із заходів соціального захисту[13].

З часом принципи караності готування й замаху в КК УРСР 1927 р. було змінено. Згідно зі ст. 18 нової редакції КК УРСР 1927 р. замах на якийсь злочин, а також готування до злочину тягне за собою застосування тих самих заходів соціального захисту, як і вчинений злочин. При цьому конкретний захід соціального захисту обирається судом залежно від ступеня небезпечності особи, яка зазіхала на злочин або готувалась до нього, від ступеня здійснення злочинного наміру, а також від причин, з яких злочин не було доведено до кінця[14].

Згідно з Кримінальним кодексом УРСР 1960 р. цим готуванням до злочину визнавалось підшукання або пристосування засобів чи знарядь або інше умисне створення умов для вчинення злочину, замахом на злочин – умисна дія, безпосередньо спрямована на вчинення злочину, якщо при цьому злочин не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі винного. Покарання за готування до злочину і за замах на злочин призначається за законом, який передбачає відповідальність за даний злочин. Призначаючи покарання, суд враховує характер і ступінь суспільної небезпечності дій, вчинених винним, ступінь здійснення злочинного наміру і причини, через які злочин не було доведено до кінця[15].

Однак Глава V «Про призначення покарання і про звільнення від покарання» Загальної частини КК УРСР 1960 р. не містила положень, які б включали спеціальні засади призначення судами покарання при незакінченому злочині.

Висновки. Таким чином, дослідивши розвиток інституту стадій скоєння, злочину можна виділити етапи його становлення.

Перший етап – період зародження даного інституту в тексті «Руської Правди» і його подальшого розвитку до часів Судебника 1497 і 1550 років. У пам'ятках права немає прямого закріплення стадій вчинення злочину, проте вказано норми, котрі дозволяють умовно виділити дві стадії: замах на злочин і закінчений злочин.

Другий етап починається з прийняття Соборного Уложення 1649 року. На даному етапі законодавцем виділяється три стадії скоєння злочину: умисел, замах, закінчений злочин. Соборне Уложення 1649 р. розрізняє покарання залежно від стадії скоєння злочину.

Третій етап – це період дії Артикулу Воїнського 1715 року. Законодавець виділяє дві стадії – замах і закінчений злочин. При цьому покарання за ту чи іншу стадію практично не відрізняються, тобто замах на злочин карався як сам злочин.

Четвертий етап охоплює період з прийняття Уложення 1845 р. до перших декретів радянської влади, що належать до 1918 року. Відбувається чітка законодавча регламентація інститутів стадій скоєння злочину; з'являються нові, раніше не знайомі стадії; покарання диференціюється залежно від стадії скоєння злочину.

У радянський період цей інститут продовжив свій розвиток, а саме: з'являються нові стадії вчинення злочину, відбувається істотне уточнення ознак тієї чи іншої стадії.

Даний період мав характер підвищеної репресивності, однак саме в радянський період правова регламентація інституту незакінченого злочину зазнала значного розвитку.

Правове регулювання відповідальності за незакінчений злочин пройшло значний шлях розвитку, який змінювався, враховуючи суспільний устрій у державі.

Окремим етапом розвитку законодавства про відповідальність за незакінчений злочин слід вважати радянську добу.

---

[1] Русская Правда (краткая редакция); Русская Правда (пространная редакция). *Российское законодательство X–XX веков*. Москва, 1984. Т. 1. С. 47–49, 64–80.

[2] Маньков А.Г. Уложение 1649 г. Кодекс феодального права России. Москва, 2003. 294 с.

[3] Артикул Воинский 1715 года. *Российское законодательство X–XX веков*. Москва, 1986. Т. 4. С. 327–365.

[4] Российское законодательство X–XX веков / под общ. ред. О.И. Чистякова. Москва, 1986. Т. 4. 322 с.

[5] Российское законодательство X–XX веков. Москва, 1988. Т. 6. С. 174–175, 196–198.

[6] Обращение Совета Народных Комиссаров к населению о победе Октябрьской Революции и о задачах на местах, от 5 ноября 1917 г. *Собрание узаконений и распоряжений Правительства Российской Республики.* 1917. № 2. Ст. 2.

[7] Тедеев, К.Т. (Кахабер Тамазович). Стадии совершения преступления и конструкции составов : автореф. дисс. … канд. юрид. наук наук: 12.00.08. Москва, 2005. 27 с.

[8] Там само. С. 11

[9] Руководящие начала по уголовному праву РСФСР: Постановление НКЮ от 12 декабря 1919 г. *Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952 гг*. / под ред. И.Т. Голякова. Москва: Госуд. изд-во юрид. лит., 1953. 372 с.

[10] Колос М.І. Особливості радянської кримінально-правової політики в Україні 1917–1922 років / М.І. Колос // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2015. No 1(11).

[11] Советское уголовное право. Часть Общая / под ред. М.А. Тельфера, П.И. Гришаева, Б.В. Здравомыслова. Москва, 1972. 235 с.

[12] Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. *Собрание законов и распоряжений Рабоче-крестьянского Правительства СССР. 1924 (июль-декабрь)*. Отдел опубликования законов Управления Делами СНК СССР. Москва, 1927. 372 с.

[13] Кримінальний кодекс: Офіційне видання. Харків: Юридичне вид-во Наркомюсту УСРР, 1927. 64 с.

[14] Уголовный кодекс Украинской ССР: официальный текст с изменениями на 1 февраля 1944 г. и с приложением постатейно-систематизированных материалов. Москва: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1944. 200 с.

[15] Кримінальний кодекс України від 28.12.1960 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2001-05

References:

Russkaia Pravda (kratkaia redaktsyia); Russkaia Pravda (prostrannaia redaktsyia). Rossyiskoe zakonodatelstvo X–XX vekov. (1984). T. 1. M. [in Russian].

Mankov, A.H. (2003). Ulozhenye 1649 h. Kodeks feodalnoho prava Rossyy. M. [in Russian].

Artykul Voynskyi 1715 hoda. Rossyiskoe zakonodatelstvo X–XX vekov. (1986). T.4. M. [in Russian].

Chystiakov, O.Y. (pod obshch. red.). (1986). Rossyiskoe zakonodatelstvo X–XX vekov. T.4. M. [in Russian].

Rossyiskoe zakonodatelstvo X–XX vekov. (1988). T. 6. M. [in Russian].

«Obrashchenye Soveta Narodnikh Komyssarov k naselenyiu o pobede Oktiabrskoi Revoliutsyy y o zadachakh na mestakh», ot 5 noiabria 1917 h. (1917). Sobranye uzakonenyi y rasporiazhenyi Pravytelstva Rossyiskoi Respublyky. 1917, 2, 2 [in Russian].

Holiakova, Y.T. (pod red.). (1953). Rukovodiashchye nachala po uholovnomu pravu RSFSR: Postanovlenye NKIu ot 12 dekabria 1919 h. Sbornyk dokumentov po ystoryy uholovnoho zakonodatelstva SSSR y RSFSR 1917–1952 hh. M.: Hosud. yzd-vo yuryd. lyt. [in Russian].

Tedeev, K.T. (2005). Stadyy sovershenyia prestuplenyia y konstruktsyy sostavov : Avtoreferat dyssertatsyy na soyskanye uchenoi stepeny kandydata yurydycheskykh nauk. 12.00.08. M. [in Russian].

Kolos, M.I. (2015). Osoblyvosti radianskoï kryminalno-pravovoï polityky v Ukraïni 1917–1922 rokiv. *Chasopys Natsionalnoho universytetu «Ostrozka akademiia». Seriia «Pravo».* 1(11) [in Ukrainian].

Telfer, M.A., Hryshaev, P.Y., Zdravomislov, B.V. (pod red.). (1972). Sovetskoe uholovnoe pravo. Chast Obshchaia. M. [in Russian].

Osnovnie nachala uholovnoho zakonodatelstva Soiuza SSR y soiuznikh respublyk //Sobranye zakonov y rasporiazhenyy Raboche-krestianskoho Pravytelstva SSSR. 1924 (yiul–dekabr). (1927). Otdel opublykovanyia zakonov Upravlenyia Delamy SNK SSSR. M. [in Russian].

Kryminalnyy kodeks: Ofitsiyne vydannia. (1927). Kh.: Yurydychne vydavnytstvo Narkomiustu USRR [in Ukrainian].

Uholovniy kodeks Ukraynskoy SSR: ofytsyalniy tekst s yzmenenyiamy na 1 fevralia 1944 h. y s prylozhenyem postateyno-systematyzyrovannikh materyalov. (1944). M.: Yurydycheskoe yzdatelstvo NKIu SSSR [in Russian].

Kryminalnyy kodeks Ukrainy vid 28.12.1960 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2001-05 [in Ukrainian].

Резюме

Віблий Є.В. **Стадії вчинення злочину в історії кримінального законодавства України.**

У статті проведено аналіз стадії вчинення злочину в історії кримінального законодавства України. Наводяться точки зору окремих авторів із досліджуваного питання, а також показано власний огляд автора на проблему.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, стадії злочину, незакінчений злочин, приготування, замах.

Резюме

Виблый Е.В. **Стадии совершения преступления в истории уголовного законодательства Украины.**

В статье проведен анализ стадии совершения преступления в истории уголовного законодательства Украины. Приводятся точки зрения отдельных авторов по исследуемому вопросу, а также показан собственный взгляд автора на проблему.

Ключевые слова: уголовная ответственность, стадии преступления, неоконченное преступление, приготовление, покушение.

Summary

Yevhenii Viblyi. **Stages of crime in the history of criminal Law Ukraine.**

The article attempts to analyze the stages of the crime in the history of Ukraine criminal legislation. The points of view of individual authors on the issue under study are given, as well as the author's own vision of the problem is shown.

The study of the development of criminal law and legislation makes it possible to warn against new errors in the application of legal norms. The accumulated historical experience is important for modern researchers, legislators and practicing lawyers to take into account.

That is why the controversial issues about the stage of the crime, which require further study and finding the best solutions are relevant in the historical context.

Based on the insufficiency of the chosen topic, the purpose of the article is to determine the formation and historical development of the regulation of the institution of the stages of committing a crime.

Having investigated the development of the Institute of stages of committing a crime, it is possible to identify the stages of its formation.

The first stage is the period of the birth of this institution in the text of the "Russian Truth" and its further development up to the time of the Sudebnik of 1497 and 1550 years In literature there is no direct fastening of the stages of Commission of crime, however these rules, which allow a conditionally divided into two stages: attempted and completed crime.

The second stage begins with the adoption of the Cathedral Code of 1649. At this stage, the legislator identifies three stages of committing a crime-intent, attempt, completed crime. The Cathedral Code of 1649 distinguishes punishments depending on the stage of the crime.

The third stage is the period of validity Of the article of Military 1715. the Legislator distinguishes two stages-attempt and the finished crime, thus punishment for this or that stage practically do not differ, that is attempt at a crime was punished as a crime.

The fourth stage covers the period from the adoption of the Code of 1845 to the first decrees of the Soviet power, relating to 1918. There is a clear legislative regulation of all stages of the crime; there are new-previously unknown stages; punishment is differentiated depending on the stage of the crime.

In the Soviet period, the Institute continued its development, namely: there are new stages of committing a crime, there is a significant clarification of the signs of a particular stage.

This period was characterized by increased repression, but it was during the Soviet period that the legal regulation of the institution of unfinished crime underwent significant development.

Legal regulation of responsibility for an unfinished crime has passed a significant way of development. The development of the studied Institute changed taking into account the social structure in the state.

A separate stage in the development of legislation on liability for an unfinished crime should be considered the Soviet era.

Key words: criminal liability, foreign criminal law, the stage of crime, an incomplete crime, preparation, attempt**.**

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.59
УДК 343.97, 343.35

В.М. КАБАЄВ

Віталій Миколайович Кабаєв, *аспірант Київського університету права НАН України*[*]
ORCID: 0000-0002-6966-8354

ОЗНАКИ СЛУЖБОВОЇ ОСОБИ, ЯКА ЗАЙМАЄ ОСОБЛИВО ВІДПОВІДАЛЬНЕ СТАНОВИЩЕ, ЯК СПЕЦІАЛЬНОГО СУБЄКТА ЗЛОЧИНУ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Ефективна протидія злочинності є одним із першочергових завдань, які стоять на шляху становлення України як демократичної та правової держави, головним вектором розвитку якої, в останні роки, є інтеграція до європейського співтовариства. Помітне місце в цьому процесі займає саме протидія злочинам, які вчиняються службовими особами. Шкода, що завдається внаслідок таких дій, полягає не лише в матеріальних втратах, а й у порушенні охоронюваних законом прав та інтересів людей, їх тотальної недовіри до органів державної влади, що врешті-решт призводить до негативних економічних наслідків, збільшуючи нерівність та уповільнюючи розвиток держави в цілому.

Впродовж тривалого часу корупція (у широкому розумінні цього слова, як будь-якому зловживанні службових осіб та осіб, які уповноважені виконувати функції держави або місцевого самоврядування, своїм службовим становищем у власних інтересах чи/або третіх осіб) залишається однією з найбільших проблем України та є темою для постійних дебатів як для української, так і для міжнародної спільноти.

Для ефективної боротьби з цим негативним соціально-правовим явищем вкрай необхідно, щоб у правоохоронних та судових органів було правильне й однакове розуміння такого поняття, як службова особа.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання кримінальної відповідальності службових осіб, поняття службової особи неодноразово висвітлювалися в літературі. Значний внесок у вивчення окреслених проблем зробили П.П. Андрушко, О.Ф. Бантишев, Л.П. Брич, В.Д. Вознюк, Н.О. Гуторова, О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк, М.Й. Коржанський, О.М. Костенко, Д.І. Крупко, В.С. Лукомський, В.О. Навроцький та інші. Однак ця проблема в Україні, зокрема в частині відповідальності службових осіб, які займають особливо відповідальне становище, не була комплексно, системно і ґрунтовно досліджена.

Метою цієї статті є дослідження поняття та встановлення ознак службової особи, яка займає особливо відповідальне становище, як спеціального суб'єкта злочину.

Виклад основного матеріалу. У кримінальному законодавстві України визначення поняття «службової особи» дається у ст. 18 Кримінального кодексу України. Так, законодавець визначає, що службовими особами є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також постійно чи тимчасово обіймають в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною службовою особою підприємства, установи, організації, судом або законом. Службовими особами також визнаються іноземці або особи без громадянства, які виконують організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки[1].

Більш деталізовано розкрито це питання в постанові Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. «Про судову практику у справах про хабарництво». Там вказано, що представники влади – це працівники державних органів і установ, наділені правом у межах своєї компетенції висувати вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання фізичними та юридичними особами незалежно від їх відомчої приналежності чи підлеглості. Закон пов'язує визнання особи представником влади не за посадою, яку вона обіймає, а за наявністю в неї владних повноважень.

Під організаційно-розпорядчими обов'язками потрібно розуміти функції зі здійснення керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах або організаціях незалежно від форми власності. Такі функції, зокрема, здійснюють керівники міністерств, відомств, державних, комунальних або приватних підприємств, громадських організацій, їх заступники та керівники структурних підрозділів або ділянок робіт.

Адміністративно-господарські обов'язки охоплюють повноваження з управління чи розпорядження державним, комунальним або приватним майном, яке полягає в установленні порядку його зберігання, пере-

© В.М. Кабаєв, 2019

[*] ***Vitalii Kabaiev,*** *Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

робки, реалізації, контролю за здійсненням цих операцій тощо. Такі повноваження у тому чи іншому обсязі мають начальники планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, їхні заступники, завідувачі складів, магазинів, майстерень, ательє, відомчі ревізори та контролери тощо.

Особа є службовою не тільки тоді, коли вона здійснює відповідні функції чи виконує обов'язки постійно, а й тоді, коли робить це тимчасово або за спеціальним повноваженням, за умови, що зазначені функції чи обов'язки покладені на неї правомочним органом або правомочною службовою особою[2].

Слід також зауважити, що визначення поняття службової особи також міститься у примітках 1, 2 до ст. 364 Кримінального кодексу України. У згаданих примітках дається визначення поняття службової особи, що є застосовним до ст. ст. 364, 368, 368-5, 369 Кримінального кодексу України.

Окремо у примітках 1, 2 до ст. 364 Кримінального кодексу України законодавець доповнив визначення поняття службової особи переліком осіб, які займають посади на державних чи комунальних підприємствах. Для чіткого розуміння поняття «державні чи комунальні підприємства» законодавець визначив їх ознаки. Зокрема, таким є юридичні особи, у статутному фонді яких відповідно державна чи комунальна частка перевищує 50 відсотків або становить величину, що забезпечує державі чи територіальній громаді право вирішального впливу на господарську діяльність такого підприємства[3].

У контексті обраного нашою країною шляху розвитку, спрямованого на євроінтеграцію, зменшення рівня корупції в Україні та подальше просування антикорупційних ініціатив у державі, важливим є питання визначення поняття «службова особа, яка займає особливо відповідальне становище».

У примітці 3 ст. 368 Кримінального кодексу України вказується, що службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, є:

По-перше, законодавець відносить до цієї категорії «перших осіб держави», зокрема: Президента України, Прем'єр-міністра України, членів Кабінету Міністрів України, перших заступників та заступників міністрів, народних депутатів України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Директора Національного антикорупційного бюро України, Генерального прокурора, його першого заступника та заступників, Голову Конституційного Суду України, його заступників та суддів Конституційного Суду України, Голову Верховного Суду України, його перших заступників, заступників та суддів Верховного Суду України, голів вищих спеціалізованих судів, їх заступників та суддів вищих спеціалізованих судів, Голову Національного банку України, його першого заступника та заступників та ін.

По-друге, сюди відносять Керівника Апарату Верховної Ради України та його заступників; Державного секретаря Кабінету Міністрів України та його заступників, державних секретарів міністерств; керівників центральних органів виконавчої влади, які не є членами Кабінету Міністрів України, та їх заступників; керівників апаратів Конституційного Суду України, Верховного Суду, вищих спеціалізованих судів та їх заступників, керівників секретаріатів Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та їх заступників, Голову Державної судової адміністрації України та його заступників; керівників державної служби в інших державних органах, юрисдикція яких поширюється на всю територію України, та їх заступників[4].

По-третє, це – Київський міський голова, голови обласних рад, а також голови міських (міст – обласних центрів); заступники голів обласних рад, заступник міського голови – секретар Київської міської ради[5].

На нашу думку, саме від оптимальної діяльності вказаних службових осіб, тобто тих, які займають особливо відповідальне становище, вирішальною мірою залежить стабільність державного устрою і суспільного ладу. У теорії кримінального права справедливою є теза, що посягання службових осіб мають підвищений ступінь суспільної небезпеки порівняно із діями загальних суб'єктів злочину.

Що стосується службових осіб, які займають особливо відповідальне становище, то, на нашу думку, у зв'язку з тим, що останні мають більший обсяг повноважень, їхні рішення мають і більшу важливість та масштабність. Це дає їм ширші можливості для зловживань. Внаслідок вчинення таких злочинів суспільна небезпека є більш істотною, оскільки заподіюється чи створюється загроза заподіяння значно серйознішої шкоди об'єкту правової охорони. Цілком природним та логічним у такій ситуації видається, що стосовно особи, яка наділена більшими правами, ставляться й вищі вимоги, у тому числі застосовується і більш сувора кримінальна відповідальність. Тому, на нашу думку, кримінальна відповідальність таких службових осіб повинна бути диференційована залежно від змісту їхніх повноважень.

Для повного і всебічного дослідження поняття службових осіб, які займають особливо відповідальне становище, доцільно охарактеризувати ознаки такої службової особи, що визначені в чинному Кримінального кодексу України.

Службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище, як спеціальному суб'єктові злочину, властиві певні ознаки. Серед них – насамперед ті, що характеризують і загального суб'єкта злочину. Це ознаки, що вказують на те, що аналізований суб'єкт є фізичною особою, є осудним та досягнув віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність.

Одночасно слід зазначити, що спеціальний суб'єкт злочину, окрім загальних ознак, володіє особливими (спеціальними) властивостями, притаманними певній категорії осіб, які вчинили суспільно небезпечне діяння[6].

Так, службовій особі, яка займає особливо відповідальне становище, властива і низка характерних ознак, що не лише вказують на відмінність її від загального суб'єкта злочину, а й виражають особливості цього різновиду спеціального суб'єкта злочину порівняно з іншими. Ці ознаки стосуються функцій та

обов'язків, що виконує службова особа, а також її зв'язку із підприємствами, установами чи організаціями, від імені яких вона наразі діє.

Умовно перші можна назвати функціональними, а другі – посадовими[7].

Так, до функціональних ознак, на нашу думку, можна віднести такі: здійснення функцій представника влади; зв'язок з діяльністю підприємства установи чи організації; місце здійснення обов'язків службової особи.

Серед посадових ознак службової особи можна виокремити такі ознаки, як здійснення зазначених функцій та обов'язків постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням.

Здійснення функцій представника влади. Поняття представника влади не є тотожним поняттю службової особи. У працях деяких вчених висловлено думку про те, що не будь-який представник влади є службовою особою. Проте така позиція, на нашу думку, є помилковою, оскільки кримінальний закон не робить жодних відмінностей у статусі представників влади, і всіх без винятку зараховує до числа службових осіб, як можливих суб'єктів злочину.

Представники влади мають право застосовувати примусові заходи, обов'язкові для виконання фізичними та юридичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості. У літературі визнано, що до представників влади належать особи, повноваження яких поширюються на осіб, які перебувають поза даною системою органів влади чи управління, тобто не підпорядковані їм у службовому відношенні, а їхні дії не зв'язані рамками певного відомства, системи. Іншими словами – на невизначене коло осіб.

У більшості випадків висновок про те, що той чи інший працівник державного органу є представником влади, слід робити, виходячи з аналізу його повноважень відповідно до законів і положень, які регламентують права і обов'язки працівників різних державних органів. На основі таких тверджень можна сказати, що до представників влади варто зараховувати осіб, які здійснюють функції публічної влади (державної влади та місцевого самоврядування)[7].

Зв'язок з діяльністю підприємства установи чи організації. Як уже зазначалося, ще одна група ознак службової особи, яка займає особливо відповідальне становище, пов'язана з її посадовим статусом – обіймання відповідної посади. У літературі підкреслено, що для визнання особи службовою не має значення, постійно чи тимчасово вона обіймала свою посаду, була призначена на цю посаду чи обрана, працювала за платню чи безоплатно. Головне, щоб вона виконувала відповідні обов'язки, які покладені на неї у встановленому законом порядку правомочним органом або службовою особою. Службовими особами, які постійно здійснюють функції представників влади, а також постійно обіймають на підприємствах, установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, вважаються особи, перебування яких на посаді не обмежується певним строком, а службовими особами, які тимчасово здійснюють такі функції, а також тимчасово обіймають такі посади, пов'язані з виконанням відповідних обов'язків,– особи, перебування яких на посаді обмежується певним строком.

З огляду на викладене, видається, що перебування особи в статусі службової має свої часові рамки. Неприпустимим є визнання особи службовою ще до того, як вона одержить цей статус, або ж після того, як вона перестане бути спеціальним суб'єктом злочину. Неправильне вирішення даного питання може призвести до помилок у кваліфікації злочинів, притягнення до кримінальної відповідальності і т.д.

Місце здійснення обов'язків службової особи. Як зазначалося, службовими особами, які займають особливо відповідальне становище, є особи, які обіймають постійно чи тимчасово певні, конкретні посади, пов'язані з виконанням відповідних обов'язків. Таким чином, для з'ясування поняття службової особи, яка займає особливо відповідальне становище, необхідно встановити, що слід розуміти під вказаними утвореннями.

Після аналізу чинного кримінального законодавства України вбачається, що вказані службові особи займають «ключові» посади в органах державної влади та місцевого самоврядування.

Відповідно до Конституції України носієм суверенітету та єдиним джерелом влади є народ, який здійснює її безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Вони різняться між собою за порядком утворення, за складом і структурою, за цілями та завданнями, за формами й методами діяльності, за характером і видами правових актів, які видаються органами, що входять до складу відповідної системи. Однак це не означає, що між системою органів державної влади та органами місцевого самоврядування існує непереборна межа. Їх об'єднує насамперед те, що вони – органи єдиної публічної влади, джерелом якої є народ.

Висновки. Загалом можна констатувати, що службові особи, які займають особливо відповідальне становище, є спеціальним суб'єктом злочину, що має всі ознаки, визначені в ч. 1 ст. 18 КК України, але разом із тим – ще й інші ознаки, що визначаються науковцями як додаткові, специфічні, спеціальні або особливі. Ці, спеціальні ознаки, також визначаються в інших, ніж Кримінальний кодекс України, нормативних актах, зокрема у Законі України «Про державну службу» та Законі України «Про службу в органах місцевого самоврядування», які виступають допоміжним (уточнюючим) джерелом для визначення спеціального суб'єкта. У подібних випадках галузь законодавства, що межує з кримінальним правом, містить принципово важливі положення (визначення), які не тільки доповнюють норму кримінального закону, а й безпосередньо впливають на її зміст.

[1] Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Дата оновлення: 28.11.2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14

[2] Про судову практику у справах про хабарництво: постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 26.04.2002 р. *Юридичний вісник*. 2002. № 28 (368).

[3] Хавронюк М.І., Дудоров О.О., Калмиков Д.О. та ін. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М.І. Хавронюка. Київ: Дакор, 2016. 496 с.

[4] Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. Дата оновлення: 28.11.2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19

[5] Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР. Дата оновлення: 01.12.2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80

[6] Анісімов В.І., Багрій-Шахматов Л.В. та ін. Кримінальне право України. Загальна частина. Харків: Одиссей, 2003. 582 с.

[7] Максимович Р.Л. Поняття службової особи у кримінальному праві України: монографія. Львів: ЛДУВС, 2008. 303 с.

References:

Kryminal'nyj kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 05.04.2001 r. № 2341-III. Data onovlennia: 28.11.2019 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 [in Ukrainian].

Pro sudovu praktyku u spravakh pro khabarnytstvo: postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy № 5 vid 26.04.2002 r. (2002). *Yurydychnyj visnyk,* 28 (368) [in Ukrainian].

Khavroniuk, M.I., Dudorov, O.O., Kalmykov, D.O. ta in. (2016). Nastil'na knyha detektyva, prokurora, suddi: komentar antykoruptsijnoho zakonodavstva / za red. M.I. Khavroniuka. Kyiv: Dakor [in Ukrainian].

Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrainy vid 10.12.2015 r. № 889-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/889-19 [in Ukrainian].

Pro mistseve samovriaduvannia v Ukraini: Zakon Ukrainy vid 21.05.1997 r. № 280/97-VR. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80 [in Ukrainian].

Anisimov, V.I., Bahrij-Shakhmatov, L.V. ta in. (2003). Kryminal'ne pravo Ukrainy. Zahal'na chastyna. Kharkiv: Odyssej [in Ukrainian].

Maksymovych, R.L. (2008). Poniattia sluzhbovoi osoby u kryminal'nomu pravi Ukrainy: monohrafiia. L'viv: LDUVS [in Ukrainian].

Резюме

Кабаєв В.М. **Ознаки службової особи, яка займає особливо відповідальне становище, як спеціального суб'єкта злочину в кримінальному праві України.**

У статті представлено результат дослідження поняття службової особи, яка займає особливо відповідальне становище. Проведено аналіз та окреслено ознаки службової особи, як спеціального суб'єкта злочину, відповідно кримінального законодавства України. Зокрема, визначено функціональні та посадові ознаки такої службової особи, які вказують на відмінність її від загального суб'єкта злочину та виражають особливості цього різновиду спеціального суб'єкта злочину порівняно з іншими. Такі ознаки стосуються функцій та обов'язків, що виконує службова особа, а також її зв'язку із підприємствами, установами чи організаціями, від імені яких вона діє.

Ключові слова: протидія злочинності, органи державної влади, кримінальна відповідальність службових осіб, спеціальний суб'єкт злочину, особливо відповідальне становище.

Резюме

Кабаев В.Н. **Признаки должностного лица, занимающего особо ответственное положение, как специального субъекта преступления в уголовном праве Украины.**

В статье представлен результат исследования понятия должностного лица, занимающего особо ответственное положение. Проведен анализ и определены признаки должностного лица, как специального субъекта преступления, согласно уголовному законодательству Украины. В частности, определены функциональные и служебные признаки такого должностного лица, указывающие на различие ее от общего субъекта преступления, и выражают особенности этой разновидности специального субъекта преступления по сравнению с другими. Такие признаки касаются функций и обязанностей, которые выполняет должностное лицо, а также его связи с предприятиями, учреждениями или организациями, от имени которых оно действует.

Ключевые слова: противодействие преступности, органы государственной власти, уголовная ответственность должностных лиц, специальный субъект преступления, особо ответственное положение.

Summary

Vitalii Kabaiev. **Signs of an officer holding a particularly responsible position as a special criminal subject in criminal law of Ukraine.**

Effective counteraction to crime is one of the primary challenges facing Ukraine as a democratic and rule of law state. In particular, counteraction to criminal offenses committed by officials is of particular importance in this process. In order to organize a productive struggle with these negative phenomena, it is imperative that law enforcement and judicial authorities have a correct and equal understanding of such a concept as an official.

The purpose of this article is to investigate the notion and characterization of an officer holding a particularly responsible position as a special crime subject. The article presents the result of the study of the notion of officers a particularly responsible position. In particular, an analysis was carried out and the characteristics of an official holding a particularly responsible position as a special subject of crime, in accordance with the criminal legislation of Ukraine, were outlined. In particular, the functional and official characteristics of such an officer are identified, which indicate that he or she is different from the general subject of the crime, and express the peculiarities of this kind of special subject of crime in comparison with others. An analysis of the current criminal law of Ukraine shows

that such signs relate to the functions and duties performed by the official, as well as his relationship with the enterprises, institutions or organizations on whose behalf he is acting.

Thus, to the functional attributes, the author refers to the following: the exercise of the functions of a representative of power; connection with the activity of the enterprise of the institution or organization; the place of performance of the duties of an official. Among the official features of the official, the author identifies such features as the performance of the said functions and duties on a permanent, temporary or special basis.

In general, the article provides a concise list of features of officials who occupy a particularly responsible position, who are special subjects of crime, and have all the characteristics defined in Part 1 of Art. 18 of the Criminal Code of Ukraine, also disclosed the content of special features that serve as an auxiliary (clarifying) source to identify a special entity.

Key words: counteraction to crime, public authorities, criminal responsibility of officials, special subject of crime, especially responsible position.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.60

УДК 347.9

К.А. ЛУБЯНА

Катерина Андріївна Лубяна, *аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]

ORCID: 0000-0001-5089-4813

УЧАСТЬ АДВОКАТА У ПРИМУСОВОМУ ВИКОНАННІ РІШЕНЬ У СПРАВАХ СПРОЩЕНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Постановка проблеми. Питання, пов'язані з діяльністю адвоката, є одними із важливих у сучасній процесуальній науці та судовій практиці. Згідно зі ст. 59 Конституції України[1] кожен має право на професійну правничу допомогу і є вільним у виборі захисника своїх прав. Тож праву особи на правову допомогу відведено важливу роль у забезпеченні реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні. Не зважаючи на те, що тематика реалізації права на судовий захист та правову допомогу є належним чином дослідженою у науковій літературі, окремі аспекти діяльності адвоката все ще потребують наукової уваги. Одним із таких питань є участь адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження.

Фактична відсутність наукових праць, присвячених даному питанню, пояснюється тим, що спрощене провадження є новелою Цивільного процесуального кодексу України, запровадженою лише у 2017 році. Запровадження спрощеного позовного провадження є безумовно позитивною тенденцією впровадження у цивільний процес спрощених проваджень та процедур. Специфіка справ спрощеного провадження зумовлена тим, що представництво адвокатом у таких справах є необов'язковим, оскільки вони за можливості розглядаються без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами. А отже, в таких умовах важливо встановити, в чому полягає специфіка діяльності адвоката у тих випадках, коли він все ж вступає у справу, представляючи інтереси стягувача чи боржника.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання участі адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження на сьогодні ще не досліджувалось на науковому рівні. Разом із тим сутність участі адвоката в цивільному судочинстві розкривалась у працях таких авторів, як: С.С. Бичкова, Н.В. Волкова, В.В. Грига, Д.В. Дрейзіна, В.І. Дрішлюк, Н.М. Єфанова, В.В. Заборовський, Я.П. Зейкан, О.Ю. Зуб, І.О. Ізарова, С.О. Короєд, Л.Р. Косьмій, Д.С. Лаврович, Л.О. Майстренко, О.Ю. Русин, Н.Ю. Сакара, Г.О. Світлична, В.О. Святоцька, Л.В. Тацій, О.С. Ткачук, В.П. Феннич, С.Я. Фурса, О.В. Циркуленко.

Формулювання мети статті. Метою статті є встановлення специфіки участі адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження.

Виклад основного матеріалу дослідження. Статтею 1 Закону України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 р. № 1404-VIII[2] виконавче провадження визначається як завершальна стадія судового провадження і примусове виконання судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб), яку становить сукупність дій компетентних органів і осіб, спрямованих на примусове виконання рішень, що проводяться на підставах, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією України, Законом України «Про виконавче провадження», іншими законами та нормативно-правовими актами, а також рішеннями, які підлягають примусовому виконанню. Отже, сутність примусового виконання рішень у справах спрощеного провадження полягає у вчиненні компетентними органами та особами дій, спрямованих на виконання таких рішень. «Примусовий» у даному разі означає, що виконання рішень здійснюється за допомогою натиску чи примушування через існування обов'язку та повинності виконання такого рішення[3]. Іншими словами, примусовий характер виконання рішень зумовлений тим, що такі рішення приймаються судом, а отже, вони є обов'язковими до виконання на всій території України.

© К.А. Лубяна, 2019

[*] ***Kateryna Lubiana,*** *Postgraduate student of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Згідно зі ст. 15 Закону України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 р. № 1404-VIII[2] сторонами виконавчого провадження є стягувач і боржник. Стягувачем є фізична або юридична особа чи держава, на користь чи в інтересах яких видано виконавчий документ. Боржником є визначена виконавчим документом фізична або юридична особа, держава, на яких покладається обов'язок щодо виконання рішення. Згідно зі ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 р. № 1404-VIII[2] сторони можуть реалізувати свої права і обов'язки у виконавчому провадженні самостійно або через представників. Особиста участь фізичної особи у виконавчому провадженні не позбавляє її права мати представника, крім випадку, коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний вчинити певні дії особисто. Зі змісту ст. 59 Конституції України, ст. 60 Цивільного процесуального кодексу України та Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05 липня 2012 р. № 5076-VI[4] варто зробити висновок, що насамперед представництво у суді здійснюють особи, які мають статус адвоката. Відповідно до ст. 6 адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування, склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. Повноваження адвоката як представника посвідчуються ордером, дорученням органу чи установи, що уповноважені законом на надання безоплатної правової допомоги, або договором про надання правової допомоги. До ордера обов'язково додається витяг з договору, в якому зазначаються повноваження адвоката як представника або обмеження його прав на вчинення окремих дій як представника сторони виконавчого провадження, який засвідчується підписами сторін договору. Тож зробимо висновок, що за загальним правилом інтереси стягувача та боржника у примусовому виконанні рішень може представляти адвокат. У свою чергу, примусове виконання судових рішень здійснюється органами і особами, визначеними Законом України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» від 02 червня 2016 р. № 1403-VIII[5], зокрема, органами державної виконавчої служби, які входять до системи органів примусового виконання рішень Міністерства юстиції України, чи приватними виконавцями, правовий статус та організація діяльності яких встановлюються вищезазначеним нормативно-правовим актом.

Аналіз положень Цивільного процесуального кодексу України[6] дає змогу зробити висновок, що у порядку спрощеного провадження розглядаються три категорії справ: малозначні справи (справи, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб та справи незначної складності, визнані судом малозначними), справи, що виникають з трудових правовідносин та про надання судом дозволу на тимчасовий виїзд дитини за межі України тому з батьків, хто проживає окремо від дитини, у якого відсутня заборгованість зі сплати аліментів та якому відмовлено другим із батьків у наданні нотаріально посвідченої згоди на такий виїзд. Також у порядку спрощеного позовного провадження може бути розглянута будь-яка інша справа, віднесена до юрисдикції суду, за винятком наступних справ: що виникають із сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя; щодо спадкування; щодо приватизації державного житлового фонду; щодо визнання необґрунтованими активів та їх витребування; в яких ціна позову перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Виходячи зі змісту Глави 10 даного нормативно-правового акта, специфіка спрощеного провадження полягає у справах, які можуть розглядатись у такому порядку; строках розгляду справ у порядку спрощеного позовного провадження; особливостях розгляду справ у порядку спрощеного позовного провадження. Але разом із тим у нормах Цивільного процесуального кодексу України[6] відсутні положення, які дозволили б зробити висновок про наявність специфіки процедури виконання рішень у справах спрощеного провадження. А отже, виконання рішень у справах спрощеного провадження здійснюється на загальних засадах, характерних для примусового виконання рішень у справах позовного провадження.

Порядок примусового виконання судових рішень, у тому числі й у справах спрощеного провадження, регламентовано спеціальним законом – Законом України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 р. № 1404-VIII[2]. Згідно зі ст. 10 даного нормативно-правового акта заходами примусового виконання рішень є: 1) звернення стягнення на кошти, цінні папери, інше майно (майнові права), корпоративні права, майнові права інтелектуальної власності, об'єкти інтелектуальної, творчої діяльності, інше майно (майнові права) боржника, у тому числі якщо вони перебувають в інших осіб або належать боржникові від інших осіб, або боржник володіє ними спільно з іншими особами; 2) звернення стягнення на заробітну плату, пенсію, стипендію та інший дохід боржника; 3) вилучення в боржника і передача стягувачу предметів, зазначених у рішенні; 4) заборона боржнику розпоряджатися та/або користуватися майном, яке належить йому на праві власності, у тому числі коштами, або встановлення боржнику обов'язку користуватися таким майном на умовах, визначених виконавцем; 5) інші заходи примусового характеру, передбачені цим Законом. Аналізуючи дані заходи примусового виконання рішень крізь призму справ, які розглядаються у порядку спрощеного провадження, зробимо висновок про те, що звернення стягнення на кошти здійснюється у справах, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Також примусове виконання рішень у справах спрощеного провадження може передбачати поновлення на роботі незаконно звільненого або переведеного працівника; звернення стягнення на заробітну плату, пенсію, стипендію та інші доходи боржника у разі відсутності в боржника коштів на рахунках у банках чи інших фінансових установах, відсутності чи недостатності майна боржника для покриття в повному обсязі належних до стягнення сум, а також у разі виконання рішень про стягнення періодичних платежів; стягнення аліментів тощо. Іншими словами, передбачені ст. 10 Закону України «Про виконавче провадження» заходи примусового виконан-

ня у справах спрощеного провадження мають свою специфіку, оскільки у порядку спрощеного провадження може розглядатись обмежене коло справ. А отже, вищенаведені заходи застосовуються з урахуванням специфіки, визначеної Цивільним процесуальним кодексом України[6].

Виконавець здійснює примусове виконання рішення на підставі виконавчого документа, зокрема, за заявою стягувача про примусове виконання рішення. Згідно зі ст. 26 «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 р. № 1404-VIII, у заяві про примусове виконання рішення стягувач має право зазначити відомості, що ідентифікують боржника чи можуть сприяти примусовому виконанню рішення (рахунок боржника, місце роботи чи отримання ним інших доходів, конкретне майно боржника та його місцезнаходження тощо), рахунки в банківських установах для отримання ним коштів, стягнутих з боржника, а також зазначає суму, яка частково сплачена боржником за виконавчим документом, за наявності часткової сплати). Зазначимо, що в даному контексті участь адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження полягає у складанні такої заяви та вчиненні інших процесуальних дій від імені та в інтересах стягувача.

У відкритому виконавчому провадженні сторони наділяються певними правами та обов'язками. Тому адвокат, який діє від імені стягувача чи боржника, має право ознайомлюватися з матеріалами виконавчого провадження, робити з них виписки, знімати копії, заявляти відводи, має право на доступ до автоматизованої системи виконавчого провадження, право оскаржувати рішення, дії або бездіяльність виконавця у порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження» від 02 червня 2016 р. № 1404-VIII, надавати додаткові матеріали, заявляти клопотання, брати участь у вчиненні виконавчих дій, надавати усні та письмові пояснення, заперечувати проти клопотань інших учасників виконавчого провадження та користуватися іншими правами, наданими законом, згідно зі ст. 19 даного нормативно-правового акта. Окрім того, сторони у процесі виконання рішення відповідно до процесуального законодавства мають право укласти мирову угоду, що затверджується (визнається) судом, який видав виконавчий документ, а отже, участь адвоката у даному аспекті може полягати у пропозиції мирової угоди чи погодженні на пропозицію мирової угоди. При виконанні боржником рішення, на адвокатів стягувача та боржника покладається обов'язок не пізніше наступного робочого дня після настання відповідних обставин письмово повідомити виконавця про повне чи часткове самостійне виконання рішення боржником, а також про виникнення обставин, що обумовлюють обов'язкове зупинення вчинення виконавчих дій, про встановлення відстрочки або розстрочки виконання, зміну способу і порядку виконання рішення, зміну місця проживання чи перебування (у тому числі зміну їх реєстрації) або місцезнаходження, а боржник-фізична особа – також про зміну місця роботи.

Адвокат боржника зобов'язаний утримуватися від вчинення дій, що унеможливлюють чи ускладнюють виконання рішення; забезпечити допуск в установленому законом порядку виконавця до житла та іншого володіння, приміщень і сховищ, що належать боржнику або якими боржник користується, для проведення виконавчих дій; за рішеннями майнового характеру адвокат зобов'язаний подати виконавцю протягом п'яти робочих днів з дня відкриття виконавчого провадження декларацію про доходи та майно боржника, за формою, встановленою Міністерством юстиції України; на адвоката покладено обов'язок повідомити виконавцю про зміну відомостей, зазначених у декларації про доходи та майно боржника, не пізніше наступного робочого дня з дня виникнення відповідної обставини; окрім того, обов'язками адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження є забезпечення його появи на вимогу виконавця, а також надання пояснень за фактами невиконання рішень або законних вимог виконавця чи іншого порушення вимог законодавства про виконавче провадження.

Висновки. Отже, специфіка участі адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження полягає у наступному:

1) адвокат у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження може представляти інтереси стягувача або боржника;

2) повноваження адвоката як представника у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження посвідчуються ордером, дорученням органу чи установи, що уповноважені законом на надання безоплатної правової допомоги, або договором про надання правової допомоги;

3) особливість справ спрощеного провадження полягає в порядку їх розгляду, строках, особливостях розгляду, проте процедура виконання рішень у справах спрощеного провадження є загальною, а отже, у даному контексті діяльність адвоката здійснюється на загальних засадах;

4) компетенція адвокатів, які представляються стягувача і боржника, відрізняється – вони наділяються тотожними правами й обов'язками, проте адвокат боржника зобов'язаний додатково забезпечити, щоб зі сторони його клієнта були виконані передбачені судовим рішенням законні вимоги.

---

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

[2] Про виконавче провадження: Закон України від 02 червня 2016 р. № 1404-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 30. Ст. 542.

[3] Великий тлумачний словник сучасної української мови / гол. ред. В.Т. Бусел, редактори-лексикографи: В.Т. Бусел, М.Д. Василега-Дерибас, О.В. Дмитрієв, Г.В. Латник, Г.В. Степенко. Київ : Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.

[4] Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради.* 2013. № 27. Ст. 282.

[5] Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів: Закон України від 02 червня 2016 р. № 1403-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 29. Ст. 535.

[6] Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.

References:

Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28.06.1996 № 254k/96-VR. (1996). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy,* 30, st. 141 [in Ukrainian].

Pro vykonavche provadzhennia: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 № 1404-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady,* 30, st. 542 [in Ukrainian].

Busel, V.T. (hol. red.), Busel, V.T., Vasyleha-Derybas, M.D., Dmytriiev, O.V., Latnyk, H.V., Stepenko, H.V. (redaktory-leksykohrafy) (2005). Velykyj tlumachnyj slovnyk suchasnoi ukrains'koi movy. K. : Irpin' : Perun [in Ukrainian].

Pro advokaturu ta advokats'ku diial'nist': Zakon Ukrainy vid 05.07.2012 № 5076-VI. (2013). *Vidomosti Verkhovnoi Rady*, 27, st. 282 [in Ukrainian].

Pro orhany ta osib, iaki zdijsniuiut' prymusove vykonannia sudovykh rishen' i rishen' inshykh orhaniv: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 № 1403-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady,* 29, st. 535 [in Ukrainian].

Tsyvil'nyj protsesual'nyj kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 18.03.2004 № 1618-IV. (2004). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 40–41, 42, st. 492 [in Ukrainian].

Резюме

Лубяна К.А. **Участь адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження.**

Стаття присвячена дослідженню специфіки участі адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження. Розглядаються питання сутності виконавчого провадження та його сторін, порядок примусового виконання рішень, а також особливості участі адвоката на кожній стадії примусового виконання рішень. Встановлено, що особливості участі адвоката у примусовому виконанні рішень у справах спрощеного провадження зумовлені його можливостями представляти інтереси стягувача або боржника та компетенцією, яка у кожному із зазначених випадків є різною.

Ключові слова: адвокат, примусове виконання рішень, спрощене провадження, стягувач, боржник.

Резюме

Лубяная К.А. **Участие адвоката в принудительном исполнении решений по делам упрощенного производства.**

Статья посвящена исследованию специфики участия адвоката в принудительном исполнении решений по делам упрощенного производства. Рассматриваются вопросы сущности исполнительного производства и его сторон, порядок принудительного исполнения решений, а также особенности участия адвоката на каждой стадии принудительного исполнения решений. Установлено, что особенности участия адвоката в принудительном исполнении решений по делам упрощенного производства обусловлены его возможностями представлять интересы взыскателя или должника и компетенцией, которая в каждом из указанных случаев различается.

Ключевые слова: адвокат, принудительное исполнение решений, упрощенное производство, взыскатель, должник.

Summary

Lubiana Kateryna. **Participation of the lawyer in forced enforcement of decisions in simplified cases.**

The article is devoted to investigating the specifics of the lawyer's involvement in enforcement of decisions in summary proceedings. The issues of the essence of the enforcement proceedings and its parties, the order of enforcement of decisions, as well as the peculiarities of the participation of a lawyer at each stage of enforcement of decisions are considered.

It is substantiated that the execution of decisions in the cases of simplified proceedings is carried out on the general basis, characteristic for the enforcement of decisions in the cases of lawsuit.

Summarized that the specifics of the lawyer's involvement in enforcement of decisions in summary proceedings are as follows:

1) the lawyer in enforcement of decisions in the cases of simplified proceedings may represent the interests of the debtor or the debtor;

2) the powers of the lawyer as a representative in the enforcement of decisions in cases of simplified proceedings shall be certified by a warrant, an order of a body or institution authorized by law to provide free legal aid, or a contract for legal aid;

3) the peculiarity of the cases of the summary proceedings is in the order of their consideration, the terms, the peculiarities of the proceedings, however, the procedure for the execution of the decisions in the cases of the summary proceedings is general, and therefore in this context the activity of the lawyer is carried out on a general basis;

4) the competence of attorneys representing the debtor and the debtor differs – they are given the same rights and obligations, but the debtor's lawyer is obliged to additionally ensure that his client's legal requirements are fulfilled by the court decision.

The article contains conclusion that the peculiarities of the lawyer's participation in enforcement of decisions in the cases of simplified proceedings are conditioned by his ability to represent the interests of the debtor or the debtor and a competence that is different in each of these cases.

Key words: lawyer, enforcement of decisions, summary judgment, collector, debtor.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.61
УДК 343.121.4

У.Ю. ПОЛЯК

Уляна Юріївна Поляк, *співробітник ГУ СБУ у м. Києві та Київській області*[*]
ORCID: 0000-0001-9342-3827

ЗАБОРОНА ДОПИТУ НОТАРІУСІВ ЯК СВІДКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Постановка проблеми. Згідно з ч. 1 ст. 65 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яка викликана для давання показань.

У п. 2 ч. 2 ст. 66 КПК України зазначено, що свідок зобов'язаний давати правдиві показання під час досудового розслідування та судового розгляду. Із цього правила законодавець зробив виняток для окремих осіб. Так, у ч.ч. 2, 4 ст. 65 КПК України вказано, які категорії осіб наділені свідоцьким імунітетом, тобто звільняються в силу закону від обов'язку свідчити. У науці цей імунітет прийнято поділяти на обов'язковий (абсолютний) та факультативний (відносний). При обов'язковому імунітеті взагалі забороняється допит певних осіб як свідків. При факультативному імунітеті у особи є право відмовитися від давання показань, але за власним бажанням вона може їх давати[1].

Не можуть бути допитані як свідки: захисник, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, законний представник потерпілого, цивільного позивача у кримінальному провадженні – про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням функцій представника чи захисника; адвокати – про відомості, які становлять адвокатську таємницю; нотаріуси – про відомості, які становлять нотаріальну таємницю; медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя особи – про відомості, які становлять лікарську таємницю; священнослужителі – про відомості, одержані ними на сповіді віруючих; журналісти – про відомості, які становлять конфіденційну інформацію професійного характеру, надану за умови нерозголошення авторства або джерела інформації; судді та присяжні – про обставини обговорення в нарадчій кімнаті питань, що виникли під час ухвалення судового рішення, за винятком випадків кримінального провадження щодо прийняття суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, ухвали; особи, які брали участь в укладенні та виконанні угоди про примирення в кримінальному провадженні, – про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з участю в укладенні та виконанні угоди про примирення; особи, до яких застосовані заходи безпеки, – щодо дійсних даних про їх особи; особи, які мають відомості про дійсні дані про осіб, до яких застосовані заходи безпеки, – щодо цих даних.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні аспекти інституту свідоцького імунітету у кримінальному процесі досліджували Р.П. Бараннік, С.Г. Волкотруб, Г.В. Денисенко, В.О. Доманська, В.В. Заборовський, Н.С. Карпов, Н.М. Когут, В.В. Король, Є.Д. Лук'янчиков, О.Е. Омельченко, М.М. Погорецький, Н.З. Рогатинська, С.Л. Савицька, Г.П. Середа, Є.Д. Скулаш, С.М. Стахівський, О.В. Супрунова, П.Ю. Тимошенко, Л.Д. Удалова, О.М. Ярмак та інші науковці.

Формулювання мети статті. Метою цієї статті є розгляд питання про заборону допиту нотаріуса як свідка у кримінальному процесі та звільнення його від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю особою, що довірила йому відомості, які є предметом даної таємниці.

Виклад основного матеріалу. У п. 3 ч. 2 ст. 65 КПК України зазначено, що не можуть бути допитані як свідки нотаріуси – про відомості, які становлять нотаріальну таємницю. Це положення корелює з ч. 11 ст. 8 Закону України від 02 вересня 1993 р. «Про нотаріат», згідно з якою нотаріус не має права давати свідчення в якості свідка щодо відомостей, які становлять нотаріальну таємницю, крім випадків, коли цього вимагають особи, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії[2].

Визначення нотаріальної таємниці наведено у ч. 1 ст. 8 цього Закону. Такою є сукупність відомостей, отриманих під час вчинення нотаріальної дії або звернення до нотаріуса заінтересованої особи, в тому числі про особу, її майно, особисті майнові та немайнові права і обов'язки тощо.

Такі відомості конфіденційного характеру, які клієнт повідомляє нотаріусу, можуть стосуватися особистого життя громадян, містити комерційну, банківську, податкову або лікарську таємницю, і не обов'язково вони є предметом нотаріальної дії[3].

Вимога обмеженості доступу до відомостей, які становлять нотаріальну таємницю, «означає, головним чином, що відомості про факт звернення до нотаріуса, суть і зміст його консультації, відомості про нотаріальну дію, і, як наслідок, документи, які оформлюються в процесі дії або консультації – матеріальні носії

© У.Ю. Поляк, 2019

[*] ***Ulyana Polyak,*** *employee of the Main Directorate of the Security Service of Ukraine in the city of Kyiv and Kyiv region*

конфіденційної, таємної інформації, – не можуть бути розголошені тими, кому в силу їх службового, професійного або іншого обов'язку зазначена інформація стала відомою. Іншими словами, збереження таємниці вчиненої нотаріальної дії як принцип нотаріального процесуального права формалізується також як важливий обов'язок нотаріуса»[4].

Поняття нотаріальної таємниці доцільно змінити. У юридичній літературі слушно зазначається, що предметом цієї таємниці «є не тільки інформація, яка стала відомою нотаріусу від заінтересованої особи, а й ті відомості, які нотаріус отримав з інших джерел при виконанні своїх професійних обов'язків, а також процесуальна діяльність самого нотаріуса, що спрямована на досягнення певного правового результату»[5].

Нотаріуси не можуть бути допитані як свідки тільки про відомості, які становлять нотаріальну таємницю. Водночас КПК України не забороняє допит нотаріуса як свідка для з'ясування будь-яких фактів, що мають значення для встановлення обставин, які мають доказове значення (наприклад, нотаріус має впізнати особу, яка зверталася до нього за вчиненням нотаріальних дій). Це не перешкоджає здійсненню ним своїх професійних обов'язків і не є порушенням норм професійної етики[6].

Особи, які вже не працюють нотаріусами, також не можуть бути допитані як свідки про відомості, які становлять нотаріальну таємницю. Пояснити це можна тим, що дія принципу конфіденційності не обмежена в часі, про що йдеться у п. 4 Правил професійної етики нотаріусів України, які затверджені наказом Міністерства юстиції України від 04 жовтня 2013 р. № 2104/5[7].

Під час дії КПК України (1960 р.) науковці зазначали, що нотаріус може бути допитаний як свідок у кримінальній справі стосовно відомостей, які становлять таємницю вчинюваних нотаріальних дій, у випадку, якщо у встановленому законом порядку такі дії були визнані незаконними[8].

З цією думкою слід погодитися. Нотаріус, який вчинив такі дії, не повинен мати свідоцький імунітет. Ми поділяємо висловлену в юридичній літературі пропозицію доповнити п. 3 ч. 2 ст. 65 КПК України положенням, що нотаріус підлягає допиту як свідок щодо відомостей, які становлять нотаріальну таємницю, у випадку, якщо вчиненні нотаріальні дії були визнані незаконними у встановленому законом порядку[9].

Про відомості, які становлять нотаріальну таємницю, не підлягає допиту як свідок клієнт нотаріуса, якщо він не бажає бути допитаним. До такого висновку можна дійти, виходячи зі змісту п. 3 ч. 1 ст. 66 КПК України, у якому зазначено, що свідок має право відмовитися давати показання щодо відомостей, які згідно з положеннями ст. 65 цього Кодексу не підлягають розголошенню.

Необхідно наголосити на тому, що згідно з п. 3 ч. 2 ст. 65 КПК України не можуть бути допитані як свідки тільки нотаріуси – про відомості, які становлять нотаріальну таємницю. Разом із тим, крім нотаріуса, обов'язок зберігати цю таємницю також покладається й на інших осіб, які визначені у ст. 1, ч. ч. 2, 3 ст. 8 Закону України «Про нотаріат», а саме: уповноважених посадових осіб відповідного органу місцевого самоврядування, які у населених пунктах, де немає нотаріусів, вчиняють нотаріальні дії, передбачені ст. 37 цього Закону; посадових осіб консульських установ, які вчиняють нотаріальні дії, що визначені у ст. 38 даного Закону; посадових осіб дипломатичних представництв, які вчиняють нотаріальні дії у випадках, передбачених чинним законодавством; осіб, зазначених у ст. 40 вказаного Закону, які посвідчують заповіти і доручення; помічника нотаріуса; осіб, яким про вчинені нотаріальні дії стало відомо у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків чи іншої роботи; осіб, залучених для вчинення нотаріальних дій як свідків; інших осіб, яким стали відомі відомості, що становлять предмет нотаріальної таємниці.

Тому є слушними пропозиції науковців збільшити у п. 3 ч. 2 ст. 65 КПК України перелік осіб, які не підлягають допиту як свідки, про відомості, що становлять нотаріальну таємницю. Цей пункт запропоновано доповнити положенням, що окрім нотаріуса не підлягають допиту як свідки: інші особи, які вчиняють нотаріальні дії, помічник нотаріуса, а також особи, вказані у ч. 3 ст. 8 Закону України «Про нотаріат»[10]; інші особи, які вчиняють нотаріальні дії, помічник нотаріуса, особи, яким про вчинені нотаріальні дії стало відомо у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків чи іншої роботи, особи, залучені для вчинення нотаріальних дій як свідки та інші особи, яким стали відомі відомості, що становлять предмет нотаріальної таємниці[11]; інші особи, зазначені у ст. ст. 1, 8 Закону України «Про нотаріат»[12]; інші особи, які відповідно до цього Закону уповноважені вчиняти нотаріальні дії[13].

На наш погляд, у п. 3 ч. 2 ст. 65 КПК України потрібно визначати, що не підлягають допиту як свідки нотаріуси та інші особи, на яких законом покладено обов'язок зберігати нотаріальну таємницю, – про відомості, які становлять цю професійну таємницю.

Із правила п. 3 ч. 2 ст. 65 КПК України, що нотаріуси не можуть бути допитані як свідки про відомості, які становлять нотаріальну таємницю, є винятки. Відповідно до ч. 3 цієї статті, нотаріус з приводу довірених відомостей може бути звільнений від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю особою, яка їх довірила, у визначеному нею обсязі. Таке звільнення здійснюється у письмовій формі за підписом особи, яка довірила нотаріусу зазначені відомості.

У п. 1 ч. 1 ст. 69 КПК України (1960 р.) також йшлося про те, що нотаріус може бути звільнений від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю особою, яка довірила йому ці відомості. Однак законодавець не визначав, як має відбуватися таке звільнення. На те, як потрібно приймати це рішення, звертали увагу науковці. Зазначалось, що:

– «По-перше, такий акт волевиявлення має бути отриманий від усіх учасників правовідносин, що виникали при здійсненні нотаріальних дій (покупець та продавець при посвідченні договору купівлі-продажу). По-друге, такий акт волевиявлення має бути належним чином зафіксований в письмових юридичних доку-

ментах. По-третє, закон не визначає якоїсь однієї форми таких документів, виходячи з багатогранності різних фактичних обставин, за яких може виникнути необхідність допиту нотаріуса й отримання згоди на дачу показань від клієнта. А тому закон надає можливість вільного вибору форми фіксації волевиявлення клієнта з відповідних обставин. Нарешті, що мабуть найбільш принципово, фіксація дозволу учасників правовідносин, що виникали при здійсненні нотаріальних дій, на розголошення нотаріусом даних, що стали йому відомі при їх вчиненні, має бути здійснена так, щоб будь-які інші учасники правосуддя могли впевнитись в законності допиту нотаріуса з відповідних обставин»[14];

– «Форми фіксації волевиявлення клієнта на допит нотаріуса можуть бути різними. Так, його клієнт може мати статус потерпілого від шахрайства з об'єктами нерухомості та заявити у зв'язку з цим клопотання про допит нотаріуса. Таке клопотання достатньо викласти у письмовій формі чи зафіксувати в протоколі допиту потерпілого. Згоду ж іншої сторони нотаріальної дії слід отримати від клієнта в присутності самого нотаріуса і викласти в письмовому документі. Про допит нотаріуса може клопотати захисник підозрюваного чи обвинуваченого. В цьому випадку він може власноручно зафіксувати згоду клієнта на розголошення нотаріальної таємниці, завіривши його підпис у іншого нотаріуса. Якщо клієнт знаходиться в лікарні, відповідний документ може бути завірений і головним або черговим лікарем. Головне, щоб можна було перевірити реальність волевиявлення особи і дати можливість самому нотаріусу впевнитися у його праві давати показання. Якщо виникають якісь сумніви, нотаріус має право на перевірку зазначеного факту, отримання додаткової інформації чи особистої зустрічі з клієнтом. Нотаріус може давати показання у справі тільки тоді, коли сумнівів у нього щодо законності дачі таких показань не буде»[15];

– «Якщо нотаріальна таємниця стала відомою нотаріусу у зв'язку з посвідченням багатостороннього правочину, то необхідна згода на її розголошення всіх учасників правочину. Подібні згоди повинні оформлюватись письмово (інакше як довести, що така згода була?)»[16].

У кримінально-процесуальній науці висловлена думка, що ч. 3 ст. 65 КПК України доцільно доповнити положенням про порядок звільнення нотаріуса від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю[17].

Уявляється, що процедура звільнення нотаріуса від такого обов'язку має визначатися не ч. 3 ст. 65 КПК України, а ч. 11 ст. 8 Закону України «Про нотаріат». Як вже зазначалось, у цій нормі підкреслюється, що нотаріус не має права давати свідчення в якості свідка щодо відомостей, які становлять нотаріальну таємницю, крім випадків, коли цього вимагають особи, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії.

Оскільки законодавець не вказав, як саме повинна бути виражена така вимога, вважаємо за необхідне доповнити зазначену норму положенням, що нотаріус зобов'язаний давати показання як свідок у кримінальному та цивільному провадженнях у випадку письмової вимоги до нього осіб, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії.

Потрібно акцентувати увагу на тому, що відповідно до ч. 3 ст. 65 КПК України нотаріус з приводу довірених відомостей може бути звільнений від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю лише за згодою особи, яка їх довірила. Разом із тим на практиці трапляються випадки, коли з тих чи інших причин виключається отримання від цієї особи такої згоди, наприклад, через її смерть.

У законодавстві деяких країн регламентоване питання, як у таких випадках нотаріус може бути звільнений від покладеного на нього обов'язку зберігати нотаріальну таємницю. Так, наприклад, у ч. 2 ст. 5 Закону Республіки Вірменія «Про нотаріат» передбачено, що особа, за дорученням якої вчинено нотаріальну дію, або її правонаступник або представник можуть на підставі письмової згоди звільнити нотаріуса від обов'язку дотримання таємниці вчинення нотаріальної дії. У випадку смерті особи або відсутності в неї правонаступника або при неможливості зв'язатися з ним, нотаріус може бути звільнений судом від обов'язку дотримання таємниці[18].

У юридичній літературі висловлена пропозиція доповнити ч. 3 ч. 65 КПК України та ст. 8 Закону України «Про нотаріат» положенням, що нотаріус із приводу довірених відомостей може бути звільнений від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю правонаступником або представником особи, за дорученням якої вчинено нотаріальну дію. Нотаріус може бути звільнений судом від обов'язку дотримання цієї таємниці у випадку смерті особи або відсутності у неї правонаступників або при неможливості зв'язатися з ними[19].

На нашу думку, таким положенням доцільно доповнити тільки Закон України «Про нотаріат». У ч. 3 ст. 65 КПК України слід передбачити, що порядок звільнення нотаріуса від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю визначається цим Законом.

Висновки. Отже, було розглянуто проблемні питання законодавства і практики щодо заборони допиту нотаріуса як свідка у кримінальному процесі та звільнення його від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю особою, яка довірила йому відомості, що є предметом даної таємниці. Вважаємо, що доповнення чинного КПК України запропонованими у даній статті змінами, значно покращить положення закону щодо заборони допиту нотаріуса як свідка у кримінальному процесі, а також удосконалить окремі теоретичні положення інституту свідоцького імунітету в кримінальному процесі.

---

[1] Кримінальний процес : підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін. ; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків : Право, 2013. 824 с. С. 157.

[2] Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1993. № 39. Ст. 382.

[3] Черновська Л.Г. Поняття нотаріальної таємниці у кримінальному судочинстві. *Держава та регіони*. 2012. № 1. С. 218–222. С. 219 (Серія «Право»).

[4] Бондарєва М.В. Принцип таємниці вчинюваних нотаріальних дій. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 4. С. 198–202. С. 198.

[5] Панталієнко Я.П. Нотаріальна таємниця – одне із загальних правил вчинення нотаріальних дій. *Держава і право*: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 2009. Вип. 44. С. 363–368. С. 364.

[6] Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Т. Маляренка, В.Г. Гончаренка. Вид. п'яте, перероблене та доповнене. Київ: «Юрисконсульт», КНТ, 2008. 896 с. С. 212.

[7] Правила професійної етики нотаріусів України: наказ Міністерства юстиції України від 04.10.2013 р. № 2104/5. Офіційний вісник України. 2013. № 82. Ст. 3070.

[8] Комаров В., Баранова В. Законодавство про нотаріат: очікувані зміни. *Право України.* 2003. № 11. С. 60.

[9] Остапенко О.Є. Охорона нотаріальної таємниці у кримінальному судочинстві: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2014. 16 с. С. 8.

[10] Удалова Л.Д. Свідоцький імунітет за новим КПК України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ.* 2013. № 1. С. 284–288. С. 286.

[11] Остапенко О.Є. Охорона нотаріальної таємниці у кримінальному судочинстві: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2014. 16 с. С. 7.

[12] Черниш В. Забезпечення охорони нотаріальної таємниці і нотаріуса в українському законодавстві. *Юридична Україна.* 2014. № 8. С. 9–13. С. 11.

[13] Ярмак О.М. Окремі питання участі нотаріуса у кримінальному провадженні. *Наше право.* 2014. № 5. С. 133–138. С. 134.

[14] Тертишник В. Захист прав нотаріуса у сфері кримінального судочинства. *Мала енциклопедія нотаріуса.* 2005. № 5. С. 5–8. С. 7.

[15] Баулін О.В., Поповченко О.І. Нотаріус в кримінальному процесі України: навч. посіб. Луганськ: СПД Резніков В.С., 2011. 180 с. С. 102.

[16] Поповченко О.І. Захист і реалізація процесуальних прав нотаріуса (процесуальні, криміналістичні та психологічні аспекти). Харків, 2007. 184 с. С. 12–13.

[17] Остапенко О.Є. Охорона нотаріальної таємниці у кримінальному судочинстві: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2014. 16 с. С. 7.

[18] О нотариате: Закон Республики Армения от 4 декабря 2001 г. URL: http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1297&lang=rus

[19] Остапенко О.Є. Охорона нотаріальної таємниці у кримінальному судочинстві: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2014. 16 с. С. 11–12.

References:

Tatsii, V.I., Hroshevoy, Y.M., Kaplina, O.V., Shylo, O.H. (2013). *Kryminalnyi protses* [Criminal process]. Kharkiv : Pravo [in Ukrainian].

Pro notariat: Zakon Ukrainy (1993). [About the Notary Public: Law of Ukraine]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 39, 382 [in Ukrainian].

Chernovska, L.H. (2012). Poniattia notarialnoi taiemnytsi u kryminalnomu sudochynstvi [The notion of notarial secrecy in criminal proceedings]. *Derzhava ta rehiony. Seriia: Pravo*, 1, 218–222 [in Ukrainian].

Bondarieva, M.V. (2009). Pryntsyp taiemnytsi vchyniuvanykh notarialnykh dii. [Principle of mystery of notarial acts] *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*. no 4. pp. 198–202 [in Ukrainian].

Pantaliienko, Y.P. (2009). Notarialna taiemnytsia – odne iz zahalnykh pravyl vchynennia notarialnykh dii [Notarial secrecy is one of the general rules of notarial acts. State and law]. *Derzhava i pravo: Zbirnyk naukovykh prats. Yurydychni i politychni nauky*. Kyiv : In-t derzhavy i prava im. V.M. Koretskoho NAN Ukrainy. 44, 363–368 [in Ukrainian].

Maliarenko, V.T., Honcharenkщ, V.H. (2008). Kryminalno-protsesualnyi kodeks Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar.

Pravyla profesiinoi etyky notariusiv Ukrainy (2013). [Rules of Professional Ethics of Notaries of Ukraine]: nakaz Ministerstva yustytsii Ukrainy vid 04.10.2013. № 2104/5. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*, 82. st. 3070 [in Ukrainian].

Komarov, V., Baranova, V. (2003). Zakonodavstvo pro notariat: ochikuvani zminy [Notary Legislation: Expected Changes]. *Pravo Ukrainy*, 11 [in Ukrainian].

Ostapenko, O.Y. (2014). Okhorona notarialnoi taiemnytsi u kryminalnomu sudochynstvi [Protection of notarial secrecy in criminal proceedings]. Kyiv [in Ukrainian].

Udalova, L.D. (2013). Svidotskyi imunitet za novym KPK Ukrainy [Svidotskyi immunity under the new CPC of Ukraine]. *Yurydychnyi chasopys Natsionalnoi akademii vnutrishnikh sprav*, 1 [in Ukrainian].

Ostapenko, O.Y. (2014). Okhorona notarialnoi taiemnytsi u kryminalnomu sudochynstvi [Protection of notarial secrecy in criminal proceedings]. Kyiv [in Ukrainian].

Chernysh, V. (2014). Zabezpechennia okhorony notarialnoi taiemnytsi i notariusa v ukrainskomu zakonodavstvi [Ensuring the protection of notarial secrecy and notary in Ukrainian legislation]. *Yurydychna Ukraina*, 8 [in Ukrainian].

Yarmak, O.M. (2014). Okremi pytannia uchasti notariusa u kryminalnomu provadzhenni [Some issues of participation of a notary public in criminal proceedings]. *Nashe pravo*, 5 [in Ukrainian].

Tertyshnyk, V. (2005). Zakhyst prav notariusa u sferi kryminalnoho sudochynstva [Protecting the rights of a notary in the field of criminal justice]. *Mala entsyklopediia notariusa*, 5 [in Ukrainian].

Baulin, O.V., Popovchenko, O.I. (2011). Notarius v kryminalnomu protsesi Ukrainy [Notary in the criminal process of Ukraine]. Luhansk: SPD Reznikov V.S. [in Ukrainian].

Popovchenko, O.I. (2007). Zakhyst i realizatsiia protsesualnykh prav notariusa (protsesualni, kryminalistychni ta psykholohichni aspekty) [Protection and realization of the procedural rights of a notary (procedural, forensic and psychological aspects)]. Kharkiv [in Ukrainian].

Ostapenko, O.Y. (2014). Okhorona notarialnoi taiemnytsi u kryminalnomu sudochynstvi [Protection of notarial secrecy in criminal proceedings]. Kyiv [in Ukrainian].

O notaryate (2001): Zakon Respublyky Armenyia ot 04.12.2001 [About the Notary Public: Law of the Republic of Armenia of December 4, 2001]. URL: http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1297&lang=rus [in Russian].

Ostapenko, O.Y. (2014). Okhorona notarialnoi taiemnytsi u kryminalnomu sudochynstvi [Protection of notarial secrecy in criminal proceedings]. Kyiv [in Ukrainian].

Резюме

Поляк У.Ю. **Заборона допиту нотаріусів як свідків у кримінальному процесі.**

Чинне кримінально-процесуальне законодавство України передбачає, що свідок зобов'язаний давати правдиві показання під час досудового розслідування та судового розгляду, однак із цього правила законодавець зробив винятки для окремих осіб, вказавши, які категорії осіб наділені свідоцьким імунітетом, тобто звільняються в силу закону від обов'язку свідчити. У статті розглянуто проблемні питання законодавства та практики щодо заборони допиту нотаріуса як свідка у кримінальному процесі та звільнення його від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю особою, яка довірила йому відомості, що є предметом даної таємниці. Доповнення чинного КПК України запропонованими у даній статті змінами значно покращить положення закону щодо заборони допиту нотаріуса як свідка у кримінальному процесі, а також удосконалить окремі теоретичні положення інституту свідоцького імунітету у кримінальному процесі.

Ключові слова: допит, нотаріус, свідок, імунітет, свідоцький імунітет, нотаріальна таємниця.

Резюме

Поляк У.Ю. **Запрет допроса нотариусов в качестве свидетелей в уголовном процессе.**

Действующее уголовно-процессуальное законодательство Украины предусматривает, что свидетель обязан давать правдивые показания во время досудебного расследования и судебного разбирательства, однако из этого правила законодатель сделал исключение для отдельных лиц, указав, какие категории лиц наделены свидетельских иммунитетом, то есть освобождаются в силу закона от обязанности свидетельствовать. В статье рассмотрены проблемные вопросы законодательства и практики о запрете допроса нотариуса в качестве свидетеля в уголовном процессе и освобождения его от обязанности хранить нотариальную тайну лицом, которое доверило ему сведения, являющиеся предметом данной тайны. Дополнение действующего УПК Украины предложенными в данной статье изменениями, значительно улучшит положения закона о запрете допроса нотариуса в качестве свидетеля в уголовном процессе, а также усовершенствует отдельные теоретические положения института свидетельских иммунитета в уголовном процессе.

Ключевые слова: допрос, нотариус, свидетель, иммунитет, свидетельский иммунитет, нотариальная тайна.

Summary

Ulyana Polyak. **Prohibition of interrogation of notaries as witnesses in criminal proceedings.**

The current criminal procedure law of Ukraine stipulates that a witness is obliged to give a true testimony during pre-trial investigation and trial, however, the legislator made an exception for this by specifying the categories of persons who have been granted immunity from immunity, ie they are released by law. testify. The article deals with the problems of law and practice regarding the prohibition of the interrogation of a notary as a witness in criminal proceedings and the release of him from the obligation to keep the notarial secret by the person who entrusted him with the information which is the subject of this secret.

The notion of notarial secrecy is proposed to be changed, since the subject of this secrecy is not only information that became known to the notary public from the interested person, but also those information that the notary received from other sources in the performance of their professional duties, as well as the procedural activity of the notary himself, is aimed at achieving a certain legal result.

The proposal made in the legal literature to supplement the CPC of Ukraine with the provisions that a notary is subject to interrogation as a witness on information that constitutes a notarial secret, if the notarial acts were declared illegal in accordance with the procedure established by law

The proposal to increase the list of persons who are not subject to interrogation as witnesses about the information constituting a notarial secret is substantiated, this clause is proposed to be supplemented by provisions that, apart from the notary, are not notarized, other notarials, notaries as well as the persons mentioned in Part 3 of Art. 8 of the Law of Ukraine "On Notary".

Amendments to the current CPC of Ukraine by the amendments proposed in this publication will significantly improve the law prohibiting the interrogation of a notary as a witness in criminal proceedings, as well as improve certain theoretical provisions of the institute of witness immunity in criminal proceedings.

Key words: interrogation, notary, witness, immunity, witness immunity, notarial secret.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.62
УДК 343.13

С.В. ПОДГОРЕЦЬ

Сергій Васильович Подгорець, *прокурор Спеціалізованої антикорупційної прокуратури*[*]
ORCID 0000-0002-7368-2933

ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЯ НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ: ПОЛІТИКА ЧИ ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА?

Корупційні злочини становлять високу суспільну небезпеку та фактично посягають на нормальне функціонування різноманітних сфер життя. Злочини корупційного спрямування являють собою масштабну проблему, яка потребує врегулювання на законодавчому рівні. На жаль, питання врегулювання деяких норм Кримінального кодексу України (далі – КК України) призвело до виключення з переліку кримінальних діянь положення щодо незаконного збагачення. Таке рішення було прийняте Конституційним Судом України (далі – КСУ, Суд) шляхом визнання неконституційною ст. 368-2 КК України «Незаконне збагачення».

Науковою основою даної статті стали праці таких українських науковців, як О.І. Гузоватий, В.Г. Гончаренко, С.В. Гончаренко, О.П. Денега, О.О. Дудоров, М.В. Кочеров, В.Н. Кубальський, В.Я. Тацій, Т.М. Тертиченко, В.І. Тютюгін, а також інших дослідників, які зробили значний внесок у розробку правових аспектів, пов'язаних із розглядом основним положень незаконного збагачення. Наукові праці вказаних осіб становлять масштабне дослідження проблем незаконного збагачення, дослідження чинників, які сприяли вчиненню злочину та інше.

Метою статті є дослідження причин декриміналізації незаконного збагачення та перспектив запровадження відповідальності за такі дії.

Так, до КСУ звернулись із поданням 59 народних депутатів щодо встановлення відповідності Конституції України ст. 368-2 КК України, у зв'язку із чим Суд почав вивчати дане питання та ухвалив рішення, яким встановлено, що ст. 368-2 КК України є такою, яка не відповідає Конституції України. У своєму рішенні Суд підкреслив, що протидія корупції має здійснюватись виключно правовими засобами з дотриманням конституційних принципів та приписів законодавства, ухваленого відповідно до Конституції України.

За приписами ст. ст. 62, 63 Конституції України законодавче формулювання складу такого злочину, як незаконне збагачення, не може: покладати на особу обов'язок підтверджувати доказами законність підстав набуття нею у власність активів, тобто доводити свою невинуватість; надавати стороні обвинувачення право вимагати від особи підтвердження доказами законності набуття нею у власність активів; уможливлювати притягнення особи до кримінальної відповідальності лише на підставі відсутності підтвердження доказами законності підстав набуття нею у власність активів.

На офіційній сторінці Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ) в мережі Інтернет висвітлювалось питання щодо результатів визнання неконституційною ст. 368-2 КК України. Детективи НАБУ та прокурори САП закрили 27 кримінальних провадження за вказаною статтею та 38 інших кримінальних проваджень – в частині ст. 368-2 КК України. У зв'язку із чим питання законності походження статків у вказаних кримінальних провадженнях не досліджувалось. Загальна сума досліджуваного майна у кримінальних провадженнях становила понад 500 млн грн.

На думку детективів НАБУ, скасування статті про незаконне збагачення є кроком назад в рамках проведення антикорупційної реформи в Україні. Прийняте рішення суперечить зобов'язанням України за ратифікованою Конвенцією ООН проти корупції, домовленостям із Міжнародним валютним фондом та Європейським Союзом[1].

Вказане рішення КСУ було ухвалене не одноголосно, оскільки деяка частина суддів висловила зовсім іншу позицію у вказаному питанні. Результатом такої незгоди стало закріплення окремих та розбіжних думок суддів стосовно Рішення КСУ № 1-р/2019[2] (далі – Рішення).

Суддя КСУ В.П. Колесник в окремій думці на вказане Рішення зазначив, що він вважає за необхідне викласти думку з питань, які не були висвітлені у Рішенні, але є важливими для розгляду, а також зупинитись на прийнятності окремих аргументів і тверджень, які містяться в Рішенні.

Суддя вважає, що Рішення засноване на підході, згідно з яким на предмет конституційності перевіряється не так зміст ст. 368-2 КК України, як гіпотетична можливість її неефективного застосування (з урахуванням зловживань та недбалого ставлення з боку слідчого/прокурора), а також ґрунтується на зумовлених таким підходом припущеннях[3].

Позиція судді С.В. Шевчука, в окремій думці щодо Рішення полягала в тому, що дефекти редакції цієї норми є фундаментальними, тому це положення має бути вилучене з Кодексу, а законодавець повинен

© С.В. Подгорець, 2019

[*] ***Serhii Podhorets,*** *prosecutor of the Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office*

ретельно і виважено підійти до формулювання поняття «злочин незаконного збагачення». При цьому положення ст. 368-2 Кодексу є одним із фундаментів поточної антикорупційної політики та інституційної реформи у сфері боротьби з корупцією в Україні[4].

Суддя І.Д. Сліденко в окремій думці вказав, що у Рішенні відсутня будь-яка конкретика щодо неконституційності ст. 368-2 Кримінального кодексу України. КСУ обмежився своєрідним та упередженим тлумаченням загальних принципів права, зокрема верховенства права та презумпції невинуватості. При цьому КСУ проігнорував в принципі дві фундаментальні домінанти, які визначають природу цієї норми – принцип доброчесності публічної особи та доктрину презумпції винуватості публічної особи[5].

Суддя О.О. Первомайський вважає, що у Рішенні є окремі прогалини в аргументації позиції КСУ у цій справі, що може негативно вплинути на сприйняття змісту Рішення. Так, аналізуючи ст. 368-2 Кодексу на предмет її неконституційності, КСУ мав можливість дослідити не лише її конституційність чи неконституційність, а й також наявність чи відсутність підстав для, по-перше, поновлення дії попередньої редакції цієї статті Кодексу, по-друге, застосування норм, які дають Конституційному Суду право відтерміновувати втрату чинності правовим актом після визнання його неконституційним[6].

Окрема думка М.М. Лемака щодо Рішення полягає в тому, що найбільш серйозна «претензія» до ст. 368-2 КК – це нібито її невідповідність двом конституційним принципам: презумпції невинуватості особи та так званому «принципу мовчання». Принцип презумпції невинуватості полягає в тому, що «особа вважається невинуватою у вчиненні злочину й не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду», «ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину», «обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь». Пов'язаний з цим «принцип мовчання» передбачає, що «особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом».

При цьому, як носій спеціального статусу, чиновник має згідно із законом певні обов'язки, які випливають із такого статусу. Серед них не лише подання декларації, а й обов'язок на вимогу уповноваженого державного органу надати додаткові пояснення чи документи, які відображають його майновий стан, доходи і витрати. Іншими словами на чиновника покладено обов'язок підтвердити та пояснити відомості, які пов'язані з його життям[7].

Суддя КСУ В.В. Городовенко в окремій думці стверджує, що у Рішенні слід було акцентувати на проблематиці гармонійної імплементації у правову систему України ст. 20 Конвенції ООН, забезпечення якої покладається на Верховну Раду України. Водночас так чи інакше Суд не виключив можливості подальшого впровадження у вітчизняну правову систему названої статті Конвенції ООН та підтримав криміналізацію такого злочину, як незаконне збагачення, за умови дотримання приписів та принципів Конституції України.

Втрата чинності ст. 368-2 Кодексу у зв'язку з визнанням її Судом неконституційною може негативно позначитися на проведеній державою за останні декілька років роботі у сфері протидії корупції, спрямованій на виконання Україною відповідних міжнародних зобов'язань, а отже, спричинити негативні наслідки для важливих суспільних, державних інтересів, іміджу України на міжнародній арені[8].

У розбіжній думці суддя С. Головатий вказав, що не голосував з більшістю суддів за визнання ст. 368-2 Кодексу неконституційною через те, що не згоден загалом із юридичною позицією Суду, на підставі якої це рішення винесено. Суддя переконаний, що позиція колег по декриміналізації ст. 368-2 Кодексу є хибною[9].

Прийнятий в першому читанні законопроєкт № 1031 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування і покарання за набуття таких активів» пропонує повернути кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, врахувавши позицію, викладену в рішенні КСУ.

У новій редакції статті пропонується визнавати злочином діяння у виді набуття активів, яке понад 6 тисяч 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує законні доходи. Санкція статті передбачатиме позбавлення волі від п'яти до 10 років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатись певною діяльністю.

Законом врегульовано питання щодо забезпечення належного функціонування інституту про визнання необґрунтованими активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та їх стягнення в дохід держави, особливості позовного провадження у справах про визнання необґрунтованими активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та їх стягнення в дохід держави[10].

Можемо зробити висновок, що рішення Конституційного суду України № 1-р/2019 щодо визнання неконституційною ст. 368-2 КК України «Незаконне збагачення» не знайшло відображення у чіткій позиції суддів, які його приймали. Саме тому судді висловили свої зауваження в окремих думках до рішення та розбіжній думці.

---

[1] Скасування статті про незаконне збагачення – крок назад в антикорупційній реформі України. URL: nabu.gov.ua

[2] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р., справа № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19

[3] Окрема думка судді Колісника В.П. стосовно рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р., справа № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na01d710-19#n2

[4] Окрема думка судді Шевчука С.В. стосовно рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р., справа № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nh01d710-19#n2

[5] Окрема думка судді Сліденка І.Д. стосовно рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р., справа № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nf01d710-19#n2

[6] Окрема думка судді Первомайського О.О. стосовно рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р., справа № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nc01d710-19#n2

[7] Окрема думка судді Лемака В.В. стосовно рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р., справа № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nd01d710-19#n56

[8] Окрема думка судді Городовенка В.В. стосовно рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р., справа № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ne01d710-19#n2

[9] Розбіжна думка судді Головатого Сергія стосовно рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р., справа № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb02d710-19#n2

[10] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави, або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів: Закон України. URL: https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/183739.html

References:

Skasuvannia statti pro nezakonne zbahachennia – krok nazad v antykoruptsijnij reformi Ukrainy Ofitsijnyj sajt Natsional'noho antykoruptsijnoho biuro Ukrainy. URL: nabu.gov.ua [in Ukrainian].

Rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym podanniam 59 narodnykh deputativ Ukrainy schodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsijnosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy № 1-r/2019 vid 26 liutoho 2019 roku, sprava № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19 [in Ukrainian].

Okrema dumka suddi Kolisnyka V.P. stosovno rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym podanniam 59 narodnykh deputativ Ukrainy schodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsijnosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy № 1-r/2019 vid 26 liutoho 2019 roku, sprava № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na01d710-19#n2 [in Ukrainian].

Okrema dumka suddi Shevchuka S.V. stosovno rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym podanniam 59 narodnykh deputativ Ukrainy schodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsijnosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy № 1-r/2019 vid 26 liutoho 2019 roku, sprava № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nh01d710-19#n2 [in Ukrainian].

Okrema dumka suddi Slidenka I. D. stosovno rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym podanniam 59 narodnykh deputativ Ukrainy schodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsijnosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy № 1-r/2019 vid 26 liutoho 2019 roku, sprava № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nf01d710-19#n2 [in Ukrainian].

Okrema dumka suddi Pervomajs'koho O.O. stosovno rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym podanniam 59 narodnykh deputativ Ukrainy schodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsijnosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy № 1-r/2019 vid 26 liutoho 2019 roku, sprava № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show /nc01d710-19#n2 [in Ukrainian].

Okrema dumka suddi Lemaka V.V. stosovno rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym podanniam 59 narodnykh deputativ Ukrainy schodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsijnosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy № 1-r/2019 vid 26 liutoho 2019 roku, sprava № 1-135/2019 (5846/17) [Elektronnyj resurs]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nd01d710-19#n56 [in Ukrainian].

Okrema dumka suddi Horodovenka V.V. stosovno rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym podanniam 59 narodnykh deputativ Ukrainy schodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsijnosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy № 1-r/2019 vid 26 liutoho 2019 roku, sprava № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ne01d710-19#n2 [in Ukrainian].

Rozbizhna dumka suddi Holovatoho Serhiia stosovno rishennia Konstytutsijnoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsijnym podanniam 59 narodnykh deputativ Ukrainy schodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsijnosti) statti 368-2 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy № 1-r/2019 vid 26 liutoho 2019 roku, sprava № 1-135/2019 (5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb02d710-19#n2 [in Ukrainian].

Zakon Ukrainy: Pro vnesennia zmin do do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy schodo konfiskatsii nezakonnykh aktyviv osib, upovnovazhenykh na vykonannia funktsij derzhavy, abo mistsevoho samovriaduvannia, i pokarannia za nabuttia takykh aktyviv. URL: https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/183739.html [in Ukrainian].

Резюме

Подгорець С.В. **Декриміналізація незаконного збагачення: політика чи верховенство права?**

У науковій статті досліджується питання прийняття рішення Конституційним Судом України щодо визнання неконституційною ст. 368-2 КК України «Незаконне збагачення». Розглядаються рішення № 1-р/2019 Конституційного Суду України та законопроєкт № 1031 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування і покарання за набуття таких активів». Окрема увага приділяється дослідженню окремої думки суддів щодо рішення № 1-р/2019, які не підтримали позицію щодо декриміналізації ст. 368-2 КК України «Незаконне збагачення».

У статті розглядається запропонована законодавцем нова редакція статті та досліджується впровадження норми права у практичну діяльність притягнення до кримінальної відповідальності.

Ключові слова: незаконне збагачення, кримінальне провадження, корупційні злочини, рішення суду, активи.

Резюме

Подгорец С.В. **Декриминализация незаконного обогащения: политика или верховенство права?**

В научной статье исследуется вопрос принятия решения Конституционным Судом Украины о признании неконституционным ст. 368-2 УК Украины «Незаконное обогащение». Рассматриваются решения № 1-р/2019 Конституционного Суда Украины и законопроект № 1031 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно конфискации незаконных активов лиц, уполномоченных на выполнение функций государства или местного самоуправления и наказание за приобретение таких активов». Особое внимание уделяется исследованию отдельной мнения судей по решению № 1-р/2019, которые не поддержали позицию относительно декриминализации ст. 368-2 УК Украины «Незаконное обогащение».

В статье рассматривается предложенная законодателем новая редакция статьи и исследуются внедрения нормы права в практическую деятельность привлечения к уголовной ответственности.

Ключевые слова: незаконное обогащение, уголовное производство, коррупционные преступления, решение суда, активы.

Summary

Serhii Podhorets. **Decriminalizing Illegal Enrichment: Politics or Rule of Law?**

Corruption crimes pose a great public threat and actually encroach the normal functioning of various spheres of life. Corruption crimes are a major problem that needs to be addressed at the legislative level. Unfortunately, the issue of composing some provisions of the Criminal Code of Ukraine has led to the exclusion of the provision on illegal enrichment from among criminal acts. This decision was made by the Constitutional Court of Ukraine by deeming Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine "Illegal enrichment" unconstitutional.

Fifty-nine National Deputies submitted their appeal to the Constitutional Court of Ukraine to determine whether Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine was in conformity with the Constitution of Ukraine. The Constitutional Court of Ukraine therefore began to examine the matter and reached a decision. The decision of the Constitutional Court of Ukraine established that Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine was not in conformity with the Constitution of Ukraine. In its decision, the Constitutional Court of Ukraine emphasized that countering corruption should be carried out by legal means only, in compliance with the constitutional principles and with the provisions of legislation adopted in accordance with the Constitution of Ukraine.

This decision was not adopted unanimously, since some judges took a completely different position in the matter. Such disagreement resulted in some individual and dissenting opinions of the judges regarding the decision of the Constitutional Court of Ukraine. The individual opinions were expressed by the following judges: Viktor Kolisnyk, Stanislav Shevchuk, Ihor Slidenko, Oleh Pervomaiskyi, Vasyl' Lemak, Viktor Gorodovenko. Judge Serhiy Golovatyi expressed a dissenting opinion as he is convinced that his colleagues' position on decriminalization of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine is erroneous.

The decision of the Constitutional Court of Ukraine on deeming Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine "Illegal enrichment" unconstitutional was not reflected in the clear position of the judges reaching it. That is why the judges expressed the individual opinions and the dissenting opinion.

Meanwhile, the adopted Draft Law № 1031 "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Confiscation of Illegal Assets of Persons Authorized Serving for State or for Local Self-Government and on Punishment for Acquiring Such Assets" proposes to reinstate criminal liability for illegal enrichment, taking into consideration the position set forth in the decision of the Constitutional Court of Ukraine.

Key words: illegal enrichment, criminal proceedings, corruption crimes, court decisions, assets.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.63
УДК 343.242

О.І. ЮЩИК

Олена Іванівна Ющик, *кандидат юридичних наук, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*[*]
ORCID: 0000-0003-1371-3379

ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ЗВ'ЯЗКУ З ПЕРЕДАЧЕЮ ОСОБИ НА ПОРУКИ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА

Постановка проблеми. На сьогодні врегулювання питань, які виникають у зв'язку із застосуванням заходів кримінально-правового впливу, викликають інтерес як серед науковців, так і практиків. Національна правова система на сьогодні почала відмовлятись від суворих каральних заходів і застосовує альтернативні форми запобігання злочинам. До таких форм належить інститут звільнення від кримінальної відповідальності, передбачений кримінальним законодавством. Одним із видів такого звільнення, що займає не останнє місце в практиці застосування, є звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із передачею особи на поруки. Вказаний вид звільнення дає змогу особі, яка вчинила злочин за певних підстав та умов, не зазнати кримінальної відповідальності, а визнати свою вину та виправитись у межах трудового колективу й показати, що вона здатна співіснувати в суспільстві як нормальний його член і не порушувати норми закону. Тому виникає необхідність дослідити підстави та умови застосування такого виду звільнення та вирішення проблем, які виникають на практиці його застосування та запропонувати пропозиції, які б полегшували суду його застосування та забезпечували можливість позитивного закінчення іспитового строку, що встановлюється законом.

Аналіз останніх публікацій та досліджень. Питанням, які стосуються загальних питань звільнення від кримінальної відповідальності, приділено значну увагу в теорії кримінального права. На жаль, інститут звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки підпадав під невелику кількість досліджень серед науковців, але такі вчені, як Ю.В. Баулін, В.А. Воробей, В.О. Глушков, М.І Мельник, А.А. Музика, С.О. Муха, М.Й. Коржанський, В.О. Навроцький, В.І. Осадчий, П.В. Хряпінський досліджували підстави, порядок та особливості застосування цього інституту.

Формулювання мети статті. Метою даної статті є аналіз підстав та умов застосування звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки, а також вирішення проблем на практиці при реалізації цього виду заходу.

Виклад основного матеріалу. Звільнення від кримінальної відповідальності є одним із інститутів кримінального законодавства, що передбачає можливість не застосування покарання до особи, яка винна у вчиненні злочину. Якщо звернутись до постанови Пленуму Верховного Суду України № 12 від 23 грудня 2005 р. «Про судову практику застосування судами України законодавства про звільнення від кримінальної відповідальності», що в п. 1 цього документа встановлено, що це відмова держави від застосування щодо особи, яка вчинила злочин, установлених законом обмежень певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених Кримінальним кодексом України, та у порядку, встановленому у Кримінальному процесуальному кодексі. Правові підстави та порядок звільнення від кримінальної відповідальності регламентовано кримінальним законодавством (ст. 44 КК України). Відповідно, звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише у випадку, якщо особа вчиняє злочин і є підстави, які передбачені законом.

Існування в кримінально-правовому середовищі думки, що в будь-якому випадку особа повинна понести кримінальну відповідальність за вчинений злочин, інколи породжує неможливість існування такого інституту, як звільнення від кримінальної відповідальності. У цьому випадку можливе порушення принципу кримінального права – невідворотність кримінальної відповідальності і те, що будь-яке правопорушення повинно бути покаране. Але, як вважає А.В. Ендольцева, соціальним призначенням інституту звільнення від кримінальної відповідальності є реалізація права держави на прощення особи, яка вчинила злочин, тобто відмова від визнання її винною у вироку суду, від засудження (осуду державою) і покарання. При цьому за загальним правилом держава відмовляється і від застосування до такої особи інших заходів державного або громадського впливу. Держава вибачає особу, яка вчинила злочин, таким чином проявляє до неї довіру та розраховує на законослухняну поведінку в майбутньому. Звільнення від кримінальної відповідальності свідчить про вибачливе ставлення до особи, можливість досягнення цілей кримінальної юстиції без засудження винної особи і покарання[1].

Кримінальне законодавство передбачає загальні види звільнення від кримінальної відповідальності (ст. ст. 45–49 КК України), що можуть застосовуватись до широкого кола злочинів, які різняться об'єктним

© О.І. Ющик, 2019

[*] ***Olena Yushchyk,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor, of Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University*

складом, суб'єктивними ознаками та іншими характеристиками. При цьому лише необхідна наявність збігу тих підстав, які зазначені в законі, із конкретним вчиненим злочином та поведінкою особи, яка може бути звільнена від кримінальної відповідальності. Одним із видів такого заходу є звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із передачею на поруки, передбаченої ст. 47 КК України. І, як зазначає П.В. Хряпінський, вказаний вид звільнення за своєю правовою природою містить такі ознаки, як відсутність офіційного осуду особи з боку держави у вигляді обвинувального вироку суду, офіційну відмова від застосування до особи, яка вчинила злочин, обтяжень кримінально-правового характеру та припинення усіх кримінально-правових відносин між державою та звільненою особою[2].

До підстав, які належить охарактеризувати при застосуванні ст. 47 КК України і можливості звільнити особу від кримінальної відповідальності з передачею на поруки, належать: особа вчинила злочин вперше; діяння належить до злочинів невеликої або середньої тяжкості; особа, яка вчинила злочин, щиро покаялася; колектив підприємства, установи чи організації звернувся з клопотанням про передачу йому на поруки такої особи; особа, яка вчинила злочин, не заперечує проти закриття кримінальної справи за даною нереабілітуючою підставою. При цьому повинні бути наявні усі, без винятку, підстави. У разі відсутності це унеможливлює звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Матеріально-правовою підставою звільнення є вчинення особою злочину невеликої або середньої тяжкості, за класифікатором злочинів, передбачених ст. 12 КК України. Зазначимо, що до застосування такого виду звільнення від кримінальної відповідальності потрапляє досить широке коло злочинів, передбачених КК України. Як підкреслює Ю.В. Баулін, чинний ККУ налічує майже 250 злочинів середньої тяжкості, зокрема: умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання (ст. 116 ККУ), необережне вбивство (ч. 1 ст. 119 ККУ), крадіжка (ч. 1 та 2 ст. 185 ККУ) тощо[3].

Винятком у вчиненні злочинів невеликої або середньої тяжкості є вчинення особою корупційних злочинів. У примітці до ст. 45 КК України міститься вичерпний перелік складів злочинів, які вважаються корупційними. Саме поняття корупційних злочинів чинним Кримінальним кодексом України не встановлено. Тим не менш, виходячи зі змісту КК та інших нормативно-правових актів, можна вважати, що корупційним злочином є передбачене в Особливій частині Кримінального кодексу України суспільно небезпечне діяння, яке містить ознаки корупції та корупційного правопорушення[4].

Хоча деякі вчені задають питання чому така категорія злочинів (корупційні) відрізняються від інших злочинів? Досліджуючи розділи Особливої частини КК України ми не знаходимо жодного, який би мав назву «Корупційні злочини». Якщо провести аналіз складів злочинів, що відносять до корупційних скоріше за все вони направлені на подолання негативного явища корупції, маючи при цьому об'єктами різні відносини, права, блага. Корупційні злочини в даному випадку отримали ознаку унікальності. Тим не менш, на думку деяких вчених, імплементація терміна «корупційний злочин» у національне кримінальне законодавство є цілком обґрунтованим і необхідним кроком[5].

Однією із найбільш вагомих підстав, що розглядаються судом і може вплинути на рішення це наявність клопотання колективу підприємства, установи або організації про передачу особи на поруки. Досить часто в судовій практиці виникають питання, щодо правомірності винесення рішення трудового колективу, наявність кворуму на зборах, що є підставою відмови у передачі особи на поруки трудовому колективу. Прикладом є Ухвала Київського районного суду м. Одеси, в якій у задоволенні клопотання про звільнення обвинуваченої ОСОБИ від кримінальної відповідальності, у зв'язку з передачею на поруки трудовому колективу відмовлено. Підставою такого рішення було те, що у клопотанні директора підприємства відсутній протокол зборів колективу, тому суд дійшов висновку про те, що збори колективу не проводилися, з клопотання директора неможливо встановити, з якого періоду працює і ким працює обвинувачений, не зазначено конкретні заходи виховного характеру, не вказано, які заходи впливу планується застосувати для виправлення та перевиховання обвинуваченого, не вказано про відповідальну особу, а також видно, що обвинувачений не взяв на себе перед колективом зобов'язання, щодо своєї поведінки, також не надано суду виписку з трудової книжки з метою встановити членство обвинуваченого в колективі, тому як вважає суд неможливо перевірити чи зможе колектив контролювати обвинуваченого, щоб той не ухилявся від заходів виховного характеру[6].

Оскільки, ставиться вимога, що трудовий колектив бере на себе зобов'язання здійснювати нагляд за особою, яка передається на поруки, певним чином впливати на законослухняну поведінку та застосування виховних заходів до такої особи, тому суд вправі ставити високі вимоги щодо такого клопотання та інших необхідних умов. Відомо, що процес перевиховання відбувається в такому колективі протягом іспитового строку й тільки після його успішного завершення можливе остаточне звільнення особи від кримінальної відповідальності. Тому погоджуємось, що повинні досить ретельно перевірятись підприємство, установа, організація, на які передається особа на поруки, відповідно, чи погоджується трудовий колектив брати участь у таких заходах та які умови трудових відносин звільненої від кримінальної відповідальності особи на цьому підприємстві.

Наступними підставами, які розглядає суд при звільненні від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки є щире каяття особи, а також вона не заперечує проти закриття кримінального провадження за даною нереабілітуючою підставою. Як вже зазначалось, при звільненні від кримінальної відповідальності держава вибачає особу, яка вчинила злочин. Відповідно, остання повинна визнати свою вину і щиро покаятись у вчиненому діянні. Якщо ж особа не погоджується на звільнення, не визнає своєї вини, то в цьому випадку неможливо застосувати такий захід. І з цього моменту починає діяти загальне правило

принципу невинуватості, згідно з яким особа вважається невинуватою, поки її вину не буде доведено в судовому порядку. Хоча деякі вчені, наполягають на тому, що звільнення особи від кримінальної відповідальності може мати місце лише після визнання її винною у вчиненні злочину в обвинувальному вироку суду. Зазначаючи, що звільнення особи від кримінальної відповідальності поза межами вироку не може мати місця, бо звільняти особу в такому випадку немає від чого[7]. Ми з такою думкою не погоджуємось, оскільки в кримінальному законодавстві міститься інститут звільнення від відбування покарання, який саме вступає в дію після винесення обвинувального вироку. Як зазначається, до винесення вироку ми можемо особу звільнити від кримінальної відповідальності, а після винесення вироку – від покарання.

Прикладом відмови у звільненні від кримінальної відповідальності за відсутності такої підстави як щире каяття та визнання вини є Ухвала Синельніківського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 28 березня 2018 року. Як зазначено в Ухвалі, підставою такого звільнення є щире розкаяння особи, яке свідчить про її бажання спокутувати провину перед колективом підприємства, установи чи організації та виправити свою поведінку. Особу, яка не визнала себе винною у вчиненні злочину, передавати на поруки не можна[8]. Хоча обвинувачений і не заперечував про передачу його на поруки трудовому колективу і підтримував клопотання, але при цьому винним у скоєнні злочину себе не визнавав. Відповідно в такому випадку було відмовлено у звільненні від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею на поруки саме за підставою невизнання особою винуватості у вчиненні злочину, що свідчить про те, що вона не розкається у заподіяному, а тому держава не може їй пробачити, можливо того, що вона і не вчиняла. Це і є необхідна умова застосування такого виду звільнення від кримінальної відповідальності.

Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки є умовним звільненням. Оскільки перед особою, яка передається на поруки, ставляться вимоги, які вона повинна виконати та дотриматись протягом іспитового строку. Закон передбачає, що протягом року з дня передачі її на поруки особа виправдає довіру колективу, не ухилятиметься від заходів виховного характеру та не порушуватиме громадського порядку. Остаточне, повне зникнення загрози настання кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин відбувається автоматично (без ухвалення судового рішення), але лише після спливу однорічного строку дії поручительства колективу. Цей строк (астрономічний рік) починає спливати з 00 годин тієї доби, яка настає після набрання законної сили винесеної судом ухвалою про передачу особи на поруки[9].

Прикладом скасування рішення суду про звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки є Ухвала Тетіївського районного суду Київської області від 26 жовтня 2017 р. про закриття кримінального провадження відносно ОСОБА у зв'язку із відмовою трудового колективу від поручительства. Причиною відмови від поруки трудовий колектив назвав втрату довіри до ОСОБИ та те, що вона відмовляється надалі працювати, що унеможливлює контроль за нею та вчинила інше кримінальне правопорушення[10].

Ще одним прикладом, який вказує, що підставою скасування рішення про звільнення від кримінальної відповідальності є звільнення особи за місцем роботи. Наприклад, Ухвалою Берегівського районного суду Закарпатської області від 7 травня 2019 р. було скасовано рішення про закриття кримінального провадження, оскільки особа порушила вимоги, передбачені ст. 47 КК України. Директор трудового колективу зазначив, що особа, до якої було застосовано звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею на поруки, звільнилась за власним бажанням протягом року з дня передачі на поруки. Відповідно, вона не виконала поставлені перед нею умови, що виправдає довіру колективу протягом іспитового строку, а оскільки рік строку не минув, то надалі колектив не зможе здійснювати контроль за даною особою, а це, у свою чергу, не зможе в повному обсязі вказати, що особа виправилась і підлягає остаточному звільненню від кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин[11].

Отже, особа, яка порушує вимоги її передачі на поруки, не може бути звільнена від кримінальної відповідальності, оскільки вона порушує саме вимоги, які ставляться щодо неї під час перебування у трудовому колективі. Ю.В. Баулін вказує, що це є несприятливі кримінально-правові наслідки, які полягають у притягненні особи до кримінальної відповідальності за раніше вчинений злочин у разі порушення нею умов передачі її на поруки, а саме: невиправдання довіри колективу, ухилення від заходів виховного характеру або порушення громадського порядку. Для констатації порушення умов передачі особи на поруки достатньо встановити невиконання хоча б однієї із названих трьох умов. Відповідно до ч. 2 ст. 47 КК України особа, яка порушує умови передачі на поруки, притягується до кримінальної відповідальності за раніше вчинений нею злочин.

У випадку, якщо особа не порушила вимог до передачі на поруки, то для неї настають сприятливі кримінально-правові наслідки і вона остаточно звільняється від кримінальної відповідальності. Такі наслідки настають автоматично, без додаткового судового рішення після спливу календарного року передачі особи на поруки і мають місце у випадку, якщо особа протягом цього року виконала зазначені вимоги[12]. Хоча С.О. Муха вважає, що правильним є висновок, що особа звільняється від кримінальної відповідальності у момент її передачі на поруки, оскільки з цього часу вона відповідальна лише перед трудовим колективом, який взяв її на поруки[13]. Однак, на нашу думку, факт завершення кримінально-правових відносин завершується у той момент, коли іспитовий строк передачі на поруки завершився позитивно і особа остаточно звільняється від кримінальної відповідальності. А от після прийняття рішення щодо звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею її на поруки лише встановлює умови, за яких у подальшому

можливе звільнення особи від такої відповідальності, і в разі несприятливого наслідку передачі особа може підлягати відповідальності та покаранню.

Висновки. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки займає особливе місце серед інших видів цього інституту. Особливістю є те, що даний вид звільнення має умовний характер застосування. Тому для подальшого звільнення від кримінальної відповідальності особа в певний строк повинна показати своє виправлення шляхом прояву довіри у трудовому колективі, не ухиленням від заходів виховного характеру та не порушенням громадського порядку. Саме у такий спосіб особа може показати себе як з позитивної, так і неактивної сторони, що буде підставою для подальшого звільнення її від кримінальної відповідальності за вчинене суспільно небезпечне діяння.

---

[1] Ендольцева А.В. Институт освобождения от уголовной ответственности: теоретические, законодательные и правоприменительные проблемы: дис. … д-ра. юрид. наук: 12.00.08 и 12.00.09. Москва, 2005. С. 267.

[2] Хряпінський П.В. Доктринальне визначення поняття та ознак звільнення від кримінальної відповідальності. *Юридична наука.* 2015. № 3. С. 129–137.

[3] Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: монографія. Київ: Атіка, 2011. С. 182–185.

[4] Куц В. Поняття корупційних злочинів та їх види *Вісник національної академії прокуратури України.* 2012. № 4. С. 32–36.

[5] Савченко А.В. Корупційні злочини (кримінально правова характеристика): навч. посіб. Київ.: Центр учбової літератури, 2016. С. 73–80.

[6] Ухвала Київського районного суду м. Одеси від 24.08.2018 р. Справа № 520/8485/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73586279

[7] Півненко В. Звільнення обвинувачених від кримінальної відповідальності. *Прокуратура. Людина. Держава.* 2004. № 6. С. 39.

[8] Ухвала Синельніківського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 28.03.2018 р. Справа 191/2692/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73009138

[9] Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України /за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 140.

[10] Ухвала Тетіївського районного суду Київської області від 28.02.2018 р. Справа № 380/1472/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72471263

[11] Вирок Берегівського районного суду Закарпатської області від 07.05.2019 р. Справа № 297/1428/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/81561491

[12] Баулін Ю.В. Звільнення від кримінальної відповідальності: монографія. Київ: Атіка, 2004. С. 146.

[13] Муха С.О. Правова природа звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею на поруки. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії наук України.* 2019. № 18. С. 133–141.

References:

Endoltseva, A.V. (2005). Ynstytut osvobozhdenyia ot uholovnoi otvetstvennosty: teoretycheskye, zakonodatelnыe y pravoprymenytelny problemy: dys. dokt. yuryd. nauk: spets. 12.00.08 «uholovnoe pravo y krymynolohyia; uholovno-yspolnytelnoe pravo» y spets. 12.00.09 «uholovnyy protsess, krymynalystyka y sudebnaia ekspertyza; operatyvno-rozysknaia deiatelnost» / Endoltseva Alla Vasylevna / Mosk. un-t MVD RF [in Russian].

Khriapinskyi, P.V. (2015). Doktrynalne vyznachennia poniattia ta oznak zvilnennia vid kryminalnoi vidpovidalnosti. *Yurydychna nauka* [in Ukrainian].

Baulin, Yu.V. (2011). Zvilnennia vid kryminalnoi vidpovidalnosti: Monohrafiia / Yu.V. Baulin [in Ukrainian].

Kuts, V. (2012). Poniattia koruptsiinykh zlochyniv ta yikh vydy / V. Kuts, Ya. Trynova. *Visnyk natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy,* 4, 32–36 [in Ukrainian].

Savchenko, A.V. (2016). Koruptsiini zlochyny (kryminalnopravova kharakterystyka): navch. posib. K.: «Tsentr uchbovoi literatury» [in Ukrainian].

Ukhvala Kyivskoho raionnoho sudu m. Odesy vid 24.08.2018. Sprava № 520/8485/17 URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73586279 [in Ukrainian].

Pivnenko, V. (2004). Zvilnennia obvynuvachenykh vid kryminalnoi vidpovidalnosti. *Prokuratura. Liudyna. Derzhava,* 6, 39 [in Ukrainian].

Ukhvala Synelnikivskoho miskraionnoho sudu Dnipropetrovskoi oblasti vid 28.03.2018 roku. Sprava 191/2692/17 URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73009138 [in Ukrainian].

Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho Kodeksu Ukrainy (2018) /za red. M.I, Melnyka. M.I. Khavroniuka. [in Ukrainian].

Ukhvala Tetivivskoho raionnoho sudu Kyivskoi oblasti vid 28.02.18 roku Sprava № 380/1472/17 URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72471263 [in Ukrainian].

Vyrok Berehivskoho raionnoho sudu Zakarpatskoi oblasti vid 07.05. 19 r. Sprava № 297/1428/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/81561491 [in Ukrainian].

Baulin, Yu.V. (2004). Zvilnennia vid kryminalnoi vidpovidalnosti. Monohrafiia. [in Ukrainian].

Mukha, S.O. (2019). Pravova pryroda zvilnennia vid kryminalnoi vidpovidalnosti u zviazku z peredacheiu na poruky. *Visnyk Pivdennoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoi akademii nauk Ukrainy,* 18, 133–141 [in Ukrainian].

Резюме

Ющик О.І. **Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки: теорія та практика.**

У статті досліджено підстави та умови застосування звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки. Встановлено, що вказаний вид звільнення дає змогу особі, яка вчинила злочин, за певних підстав та умов не

зазнати кримінальної відповідальності, а визнати свою вину та виправитись у межах трудового колективу й показати, що вона здатна проживати в суспільстві як гідний його член та не порушувати норми закону.

Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки займає особливе місце серед інших видів цього інституту. Особливістю є те, що для подальшого звільнення особа в певний строк повинна показати свій шлях виправлення шляхом прояву довіри у трудовому колективі, не ухиленням від заходів виховного характеру та не порушенням громадського порядку.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з передачею особи на поруки, іспитовий строк, сприятливі та несприятливі кримінально-правові наслідки.

Резюме

Ющик О.И. **Освобождение от уголовной ответственности в связи с передачей лица на поруки: теория и практика.**

В статье исследованы основания и условия применения освобождения от уголовной ответственности в связи с передачей лица на поруки. Установлено, что указанный вид освобождения разрешает человеку, который совершил преступление, на определенных основаниях и условиях не нести уголовной ответственности, а признать свою вину и исправиться в пределах трудового коллектива и показать, что он способен проживать в обществе как достойный его член и не нарушать нормы закона.

Освобождение от уголовной ответственности в связи с передачей лица на поруки занимает особое место среди других видов этого института. Особенностью является то, что для дальнейшего освобождения лицо в определенный срок должно показать свой путь исправления путем проявления доверия в трудовом коллективе, не уклонением от мер воспитательного характера и не нарушением общественного порядка.

Ключевые слова: уголовная ответственность, освобождение от уголовной ответственности, освобождение от уголовной ответственности в связи с передачей лица на поруки, испытательный срок, благоприятные и неблагоприятные уголовно-правовые последствия.

Summary

Olena Yushchyk. **The exemption from criminal liability in view of admission by bail: theory and practice.**

The article investigates the grounds and conditions of application of exemption from criminal liability in connection with the transfer of a person on bail. It is established that the specified type of release allows the person who has committed a crime under certain grounds and conditions not to incur criminal responsibility, and to admit the guilt and to be corrected within labor collective and to show that it is capable to live in society as worthy its member and not to break norms of the law. Further release of a person from criminal liability in connection with the transfer of her bail depends on her behavior during the probationary period. A person must inspire the trust of the labor collective, not to evade educational measures and not to violate public order. Accordingly, the positive flow of the probation period depends on the court or will decide on the final exemption from criminal liability from the committed crime.

To the grounds which authorize the application of article 47 of the criminal code of Ukraine and the ability to release a person from criminal liability with bail include: the person has committed a crime for the first time; the act is a crime of small or average gravity; the person who committed the crime sincerely repented; the collective of enterprise, institution or organization has applied for the bail of the person; the person who committed the crime has no objection to the closing of the criminal rim according to non-rehabilitating grounds.

Exemption from criminal liability in connection with the transfer of a person on bail occupies a special place among other types of this institution. The peculiarity is that this type of exemption has a conditional nature of application. Therefore, for further exemption from criminal liability, a person must show his way of correction within a certain period of time by showing confidence in the labor collective, not by evading educational measures and not by violating public order. It is in this way that a person can show himself as a positive and negative side, which will be the basis for the subsequent release of his criminal responsibility for the committed socially dangerous act.

Key words: criminal liability, exemption from criminal liability, exemption from criminal liability in connection with the transfer of a person on bail, probation, favorable and unfavorable criminal legal consequences.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.64
УДК 343.36

К.В. ЮСУБОВ

Костянтин Володимирович Юсубов, *аспірант Київського університету права НАН України*[*]
ORCID: 0000-0001-8209-2006

СОЦІАЛЬНА ОБУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПОРЯДКУ ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 129 Конституції України обов'язковість судового рішення є однією з основних засад судочинства. Забезпечення реалізації цієї конституційної настанови здійснюється багатьма правовими засобами, у тому числі шляхом запровадження кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень. Проте запровадження кримінально-правової охорони будь-якого суспільного явища має бути обґрунтовано системою чинників, які підлягають врахуванню під час встановлення кримінально-правової заборони утримуватись від певної дії. Зазначені чинники є динамічними та такими, що перебувають у безпосередньому зв'язку з різними аспектами не лише функціонування держави, а й суспільного розвитку. Викладене зумовлює актуальність теми дослідження чинників соціальної обумовленості кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідження питання соціальної обумовленості кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень здійснювалось в межах дисертаційних робіт М.О. Букач, К.О. Лагоди, О.Р. Романишин, О.С. Чорної. Окремі питання, змістовно пов'язані з темою дослідження, відображені у працях М.І. Бажанова, А.С. Беніцького, В.А. Головчака, О.О. Дудорова, В.О. Навроцького, В.І. Тютюгіна, В.І. Осадчого, М.І. Хавронюка та ін. Значний внесок зазначених науковців став теоретичним підґрунтям для дослідження соціальної обумовленості кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень, здійсненого в рамках цієї публікації. Разом із тим доцільно наголосити, що переважна більшість авторів зосереджується на визначених підставах та приводах криміналізації діянь, які посягають на порядок виконання судового рішення, при цьому не враховуючи різноманітності підходів до визначення криміналізації і процесу встановлення кримінальної відповідальності за вчинення певного діяння, і як складової кримінально-правової політики.

Формулювання мети статті. З огляду на викладене **метою** цієї статті є здійснення характеристики соціальної обумовленості кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень з урахуванням різнобічних чинників, які впливають на криміналізацію діяння.

Виклад основного матеріалу. Як вже було зазначено вище, досліджуючи соціальну обумовленість кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень, на нашу думку, доцільно виходити з того, що, враховуючи багатоаспектність, соціальна обумовленість кримінально-правової охорони певного суспільного інституту має бути дослідженою з огляду на різноманітність підходів до визначення криміналізації.

Зокрема, О.Р. Романишин характеризує соціальну обумовленість криміналізації невиконання судових рішень, виходячи з того, що обґрунтованість законодавчого визначення конкретного діяння злочином визначається наявністю підстави, умов та приводів криміналізації[1]. Як зазначає авторка, суспільна небезпека злочинів, що досліджуються, обумовлена особливостями побудови правової системи держави, де суд покликаний вирішувати спірні та конфліктні правовідносини і тим самим підтримувати стабільність правового порядку. До умов криміналізації суспільно небезпечних діянь, що полягають у невиконанні судових рішень, дослідниця відносить умови соціально-психологічного, кримінологічного, загальноправового, кримінально-правового та кримінального процесуального характеру. Умови соціально-психологічного характеру криміналізації злочинів, які посягають на встановлений порядок виконання судового рішення, на думку О.Р. Романишин, полягають у тому, що такі злочини порушують установлений порядок відправлення правосуддя та знівельовують основну функцію, покладену Конституцією України на судову гілку влади. До умов, які призвели до появи цих проблемних питань, авторка відносить недосконалість законодавства України у сфері виконання судових рішень, зокрема, КК, КУпАП та регулятивне законодавство, «прогалини в якому створюють можливість забезпечити ухилення від виконання обов'язків за судовим рішенням». Умовами кримінального процесуального характеру О.Р. Романишин вважає можливість доведення вини особи у вчиненні злочину, що полягає в умисному невиконанні судового рішення[1].

М.О. Букач характеризує підстави та принципи криміналізації невиконання судового рішення, спираючись на фундаментальне дослідження В.М. Кудрявцева, Г.А. Злобіна, С.Г. Келіної та інших науковців, наголошуючи, що підставами, які зумовлюють доцільність запровадження кримінально-правової заборони невиконання судового рішення, у своїй сукупності є: 1) несприятлива динаміка певного виду суспільних діянь,

© К.В. Юсубов, 2019

[*] ***Kostiantyn Yusubov,*** *Postgraduate student of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

які раніше не утворювали спеціального складу злочину; 2) суттєва та раптова зміна соціального, економічного або політичного стану в результаті різних подій, що можуть зумовити превентивну криміналізацію, яка здійснюється ще до того, як можливі відповідні суспільно небезпечні дії набудуть реального поширення; 3) необхідність виконання зобов'язань за міжнародними угодами. Виходячи з викладеного, дослідниця обґрунтовує, що закріплення кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення зумовлено об'єктивними потребами кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень та було «неминучим наслідком державного реагування на чисельні прояви неповаги до суду». Також дослідниця зазначає, що криміналізація невиконання судового рішення зумовлена необхідністю виконання Україною міжнародних зобов'язань, зокрема тих, що випливають із змісту Європейської конвенції з прав людини[2].

Принципи криміналізації невиконання судового рішення М.О. Букач розподіляє на дві групи: 1) принципи, які відображають соціальну необхідність та політичну доцільність встановлення кримінальної відповідальності, до яких відносить принципи суспільної небезпечності, відносної поширеності діяння, домірності позитивних та негативних наслідків криміналізації, кримінально-політичної адекватності криміналізації. 2) загальноправові системні принципи, а саме: принцип конституційної адекватності; системно-правової несуперечності принцип міжнародно-правової необхідності та допустимості; процесуальної здійсненності переслідування, а також кримінально-правові системні принципи, зокрема, принцип безпрогалинності та ненадмірності заборони; принцип визначеності та єдності термінології; повноти складу; принцип домірності санкції та економії репресії[3].

Суспільну небезпечність злочину, передбаченого ст. 383 Кримінального кодексу України, О.С. Чорна характеризує тими ознаками, які, по-перше, власне визначають суспільну небезпечність діяння, а, отже, зумовлюють криміналізацію невиконання рішення суду (об'єкт посягання, шкода, яка може бути спричинена посяганням, умисна форма вини), а, по-друге, тими ознаками, які підвищують ступінь суспільної небезпечності невиконання рішення суду (ознак суб'єкта, розмір шкоди, особливості предмета злочину). Натомість ця дослідниця, не виокремлюючи умов та приводів криміналізації, вважає спірним використання терміна «суспільна небезпечність» як підстави криміналізації невиконання судового рішення, наголошуючи на небезпечності такої поведінки передусім для людини як головної соціальної цінності[4]. Разом з тим у будь-якому випадку невиконання судового рішення є суспільно шкідливим у контексті небезпечності як на макрорівні – під кутом зору небезпечності для суспільства, так і мікрорівні – з огляду на небезпечність для особи або групи осіб.

Доцільно наголосити, що підстави криміналізації невиконання судового рішення М.О. Букач розглядає на основі теорії криміналізації невиконання судового рішення в контексті теорії криміналізації, запропонованої Д.О. Балобановою.

Так, Д.О. Балобанова виокремлює дві групи факторів, що впливають на криміналізацію: 1) підстави кримінально-правової заборони, що служать об'єктивними передумовами її встановлення; 2) принципи криміналізації, що належать до законодавчої техніки. Причому дослідницею визначається, що до підстав кримінально-правової заборони належать: 1) суспільна небезпека, яка не має універсального характеру та охоплює наявність достатньо серйозної матеріальної або моральної шкоди, заподіюваної потерпілим, що впливає на пеналізацію і не є самостійною підставою криміналізації; 2) типовість і достатня поширеність антигромадської поведінки, але з урахуванням ступеня суспільної небезпеки та страху населення перед злочинністю; 3) динаміка суспільно небезпечних діянь із урахуванням причин і умов, що їх породжують; 4) необхідність впливу кримінально-правовими заходами, при цьому було б бажано враховувати, що кримінальна репресія – крайня форма протидії найнебезпечнішим формам девіантної поведінки; 5) врахування можливостей системи кримінальної юстиції в протидії тим або іншим формам антигромадської поведінки, і як їхня складова – наявність матеріальних ресурсів для реалізації кримінально-правової заборони; 6) співвідношення позитивних і негативних наслідків криміналізації[5].

На відміну від М.О. Букач, Д.О. Балабанова до принципів криміналізації відносить лише відсутність прогалин у законі й ненадмірність заборони та визначеність і єдність термінології[6]. Разом з тим цією статтею охоплюється дослідження підстав та принципів криміналізації виключно в контексті соціальної обумовленості кримінально-правової охорони невиконання судового рішення. Погоджуючись в цілому із зазначеним, на нашу думку, М.О. Букач приділяє недостатню увагу, що зазначена теорія криміналізації передусім виходить з її розуміння як складової частини кримінально-правової політики.

Кримінально-правова політика являє собою напрям внутрішньої політики держави, яка включає в себе: 1) визначення загальних засад кримінальної відповідальності та покарання; визначення кола діянь, віднесених до категорії злочинних (питання криміналізації та декриміналізації); визначення оптимальних заходів впливу на винного пеналізація і депеналізація); запобігання злочинам методами кримінально-правового впливу (загальна й спеціальна превенція); взаємодії з іншими елементами політики у сфері боротьби зі злочинністю[7].

Причому, як обґрунтовано наголошують В.І. Борисов та П.Л. Фріс, основним у змісті кримінально-правової політики є усвідомлення потреб суспільства в кримінально-правовій охороні суспільних відносин, які мають загальноціннісне значення. Це потребує виявлення тих вкрай негативних соціальних явищ, що спричиняють або можуть спричинити у своєму конкретному прояві істотну шкоду фізичній або юридичній особі, суспільству чи державі. Боротьба з такими явищами обумовлює необхідність встановлення та вжиття відповідних заходів кримінально-правового реагування[8].

З огляду на це, на нашу думку, для її характеристики доцільно звернути увагу на поняття факторів та критеріїв криміналізації.

Так, В.С. Ковальський відокремлює декілька факторів криміналізації, до яких відносить: 1) виконання державою вимог загальновизнаних принципів і норм міжнародного права; 2) забезпечення державою захисту конституційних прав та свобод людини і громадянина, передбачених розділом ІІ Конституції України, детальне розроблення норм якого значно полегшило вирішення завдань кримінально-правової охорони; 3) посилення охорони певних правових ролей, визначених конституційними та органічними законодавчими положеннями; 4) об'єктивно встановлена та науково підтверджена інтенсивність протиправної поведінки, що визначає поширеність, повторюваність, суспільну небезпечність протиправних діянь[9].

Натомість П.Л. Фріс, розглядаючи питання доцільності у кримінальному праві під кутом зору законотворення, акцентує увагу на проблемі обсягів криміналізації, тобто доцільності прийняття під кримінально-правову охорону тих чи інших об'єктів (криміналізація відповідних видів соціально-шкідливої поведінки, які спричиняють або можуть спричинити їм шкоду), визначаючи її низкою інших критеріїв:

1) політико-ідеологічний – відповідність обсягів криміналізації та пеналізації цілі максимальної охорони найважливіших суспільних відносин, благ та інтересів, які визначаються суспільством у цілому;

2) економічний критерій, який визначається досягненням максимального рівня охорони при застосуванні мінімальних матеріальних затрат, засобів та часу;

3) техніко-юридичний критерій, який характеризується необхідністю здійснення охорони саме засобами кримінального закону, а не нормами інших галузей права, правилами формулювання кримінального закону тощо[10].

Під таким кутом зору підставами кримінально-правової заборони, що служать об'єктивними передумовами її встановлення, є суспільна небезпека невиконання судових рішень, що виявляється у нанесенні моральної або матеріальної шкоди потерпілим від невиконання судового рішення або суспільним інтересам. І хоча така шкода не являє собою самостійну підставу криміналізації, її наслідком є відсутність авторитету правосуддя, оскільки саме виконання судового рішення – одна із гарантій доступності правосуддя.

Як слушно наголосила О.М. Овчаренко, коментуючи результати аналізу анкетування громадян, проведеного в рамках дослідження доступності правосуддя, невиконання рішень суду у справах опитаних осіб становило приблизно чверть від загальної кількості постановлених рішень, що, на думку дослідниці, демонструє доволі низьку ефективність виконання норми закону про безумовну обов'язковість виконання судових рішень[11].

Що стосується типовості та поширеності антигромадської поведінки, то доцільно звернути увагу на те, що за даними Урядового порталу, у різні роки рівень виконання судових рішень був різним, однак ніколи не перевищував 40–45 %, а в окремі роки знижувався до критичних позначень 5–10 %. Як наслідок, згідно з офіційними урядовими джерелами, до початку реформи державної виконавчої служби у 2014 р. рівень виконання судових рішень у цивільних справах становив лише близько 6 %, а загальна вартість невиконаних рішень у цій сфері склала близько 400 млрд грн, що стало одним із головних бар'єрів на шляху до утвердження верховенства права в державі та ефективної роботи судді[12].

Відповідно до п. 4 Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр., затвердженої Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015 (далі – Стратегія реформування судоустрою) одним із основних напрямів реформування судочинства та правових інститутів визнано реорганізацію системи виконання судових рішень і підвищення ефективності виконавчого провадження. У п. 3, аналізуючи нинішній стан правосуддя, автори Стратегії реформування судоустрою констатували невиконання системою правосуддя поставлених перед нею завдань на належному рівні, в тому числі наявність істотних проблем у системі виконання судових рішень, зокрема таких, як: 1) гранично низька частка фактичного виконання судових рішень; 2) відсутність ефективної системи мотивації державних виконавців; 3) системні недоліки у взаємодії державних виконавців з іншими державними та недержавними установами[13].

Зазначені проблеми вже тривалий час потребували свого рішення. Зокрема, у пункті «С» рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) «Ю.М. Іванов проти України» ще 6 березня 2008 р. Комітет міністрів Ради Європи (далі – РЄ) виніс проміжну резолюцію [CM/ResDH(2008)1] про виконання рішень ЄСПЛ у 232 справах проти України, які стосувались невиконання або суттєвих затримок у виконанні остаточних рішень національних судів, винесених проти держави та підпорядкованих їй суб'єктів, а також відсутності ефективного засобу юридичного захисту.

Цього ж дня Комітет міністрів РЄ ухвалив тимчасову резолюцію (CM/ResDH(2008)1), у якій висловив «особливу занепокоєність» недостатністю зусиль, докладених Україною «щоб подолати існуючу структурну проблему невиконання рішень національних судів» та настійливо рекомендував державним органам України визначити як особливий політичний пріоритет дотримання своїх зобов'язань за Конвенцією з прав людини та виконання рішень ЄСПЛ, щоб забезпечити повне і вчасне виконання рішень національних судів. Також Комітет міністрів РЄ рекомендував органам влади розглянути можливість запровадження тимчасових заходів на період, протягом якого, прийматимуться відповідні закони, серед яких: забезпечити ефективну реалізацію положень про відповідальність посадових осіб за невиконання рішень.

У пункті «D» рішення «Ю.М. Іванов проти України» ЄСПЛ нагадав, що в рішенні від 8 червня 2009 р. Комітет міністрів РЄ відновив розгляд ЄСПЛ 300 справ, які стосувались невиконання або суттєвих затримок

у виконанні остаточних судових рішень, повторно наголосив на тому, що структурну проблему, яка лежить в основі порушень, не було усунено, а також звернув увагу на те, що невжиття всіх необхідних заходів, включно з раніше оголошеними законодавчими заходами, призвело до постійного зростання кількості нових заяв до ЄСПЛ стосовно невиконання рішень національних судів[14].

Таким чином, проблема систематичного невиконання судових рішень протягом тривалого часу мала постійний характер. Зокрема, за відомостями Української Гельсінської спілки з прав людини, наведеними у прес-релізі від 8 грудня 2014 р., «статистика свідчить, що в Україні не виконуються 95 % рішень ЄСПЛ та близько 70 % рішень національних судів[15].

З огляду на це, у п. 5.7. Стратегії реформування судоустрою визначено систему завдань, заходів та результатів у сфері реорганізації системи виконання судових рішень та підвищення ефективності виконавчого провадження, спрямовану на забезпечення захищеності суспільства шляхом впровадження обов'язковості виконання судових рішень, модернізації служби державних виконавців та створення інституту приватних виконавців задля впровадження «змішаної» системи виконання судових рішень.

За даними Міністерства юстиції України, за результатами реформи системи виконання судових рішень запроваджено інститут приватних виконавців та створено систему моніторингу та контролю за їхньою діяльністю, підвищено кваліфікацію та показники ефективності роботи державних виконавців; створено інтегровану інформаційну систему у виконавчому процесі; впроваджено Єдиний реєстр боржників; забезпечено належне виконання судових рішень про стягнення аліментів та заробітної плати[16].

Разом із тим, законодавець залишив поза увагою багато проблем, які вимагали негайного вирішення, серед яких недостатньо врегульованими залишилися питання щодо виконання зведених виконавчих проваджень, взаємодії з державними органами та фінансовими установами, відсутність механізму протидії зловживанню процесуальними правами у виконавчому провадженні, які у сукупності значно ускладнюють належне виконання судового рішення та ін.

З огляду на це не можна вважати, що соціальна обумовленість криміналізації невиконання судових рішень стала менш обґрунтованою, ніж у попередні роки. Це значною мірою кореспондує з висновками Українського Центру економічних та політичних досліджень імені О. Разумкова, який у 2019 р. оприлюднив результати дослідження першопричин невиконання судових рішень. Зазначене дослідження було здійснено відповідно до «Методології для проведення експертного аналізу міжнародними та/або національними експертами для визначення основних причин, що призводять до невиконання рішень, винесених національними судами України» в рамках проєкту РЄ «Підтримка виконання Україною рішень Європейського суду з прав людини». Реалізація проєкту дала змогу виявити головні першопричини невиконання судових рішень у трьох категоріях (соціальні спори, трудові спори та рішення щодо юридичних осіб, відповідальність за які несе держава, або щодо держави безпосередньо), а також інші проблеми, пов'язані зі статистикою та реєстром судових рішень[17]. Показово, що першопричиною невиконання судових рішень, на думку експертів Українського Центру економічних та політичних досліджень імені О. Разумкова, є «живуча традиція нашого суспільства, яка полягає, з одного боку, в декларуванні поваги до права, а відтак і до справедливого правосуддя з боку органів влади, посадових осіб, а з іншого – у відсутності поваги до суду та культури виконання судових рішень, використання їх як інструменту для досягнення корисливих інтересів, для боротьби з політичними опонентами чи конкурентами в бізнес-середовищі»[18].

На підставі викладеного можна зробити висновок про типовість та розповсюдженість антигромадської поведінки, що полягає у невиконанні судових рішень, а також про наявність стійкої тенденції до збереження причин та умов вчинення зазначених діянь на тривалий час.

Зазначені чинники обумовлюють необхідність впливу на суспільні відносини кримінально-правовими заходами, проте з урахуванням принципу економії кримінальної репресії. Як слушно зауважує О.М. Омельчук, «вдаватись до криміналізації необхідно лише у випадку, коли інших способів впливу не існує, коли застосування альтернативних методів соціального реагування, включаючи не пов'язані із застосуванням кримінального покарання репресії, є неефективними»[19].

Висновки. На підставі викладеного доходимо думки, що незалежно від обраної теоретичної моделі криміналізації діяння соціальна обумовленість кримінально-правової охорони невиконання судового рішення характеризується усіма ознаками, які зумовлюють висновок про доцільність криміналізації такої поведінки.

До основних чинників (підстав, факторів, критеріїв) криміналізації невиконання судового рішення слід віднести: 1) суспільну небезпечність такої поведінки, яка посягає на авторитет правосуддя, оскільки саме виконання судового рішення являє собою одну з гарантій доступності правосуддя; 2) значну розповсюдженість такої суспільно небезпечної поведінки, що дало підстави для констатації ЄСПЛ системного характеру невиконання судових рішень в України; 3) необхідність виконання міжнародних зобов'язань, які випливають з членства України в Раді Європи та визнання юрисдикції ЄСПЛ, що зумовлюють здійснення заходів загального характеру.

---

[1] Романишин О.Р. Кримінально-правове забезпечення охорони порядку виконання судових рішень в Україні / Київський університет права НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Київ, 2018. 238 с. С. 33–37.

[2] Букач М.О. Підстави і принципи запровадження кримінальної відповідальності за невиконання судового рішення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. Вип. 41(2). С. 104–109 (Серія: «Право»). С. 105 URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_41%282%29__26

[3] Там само. С. 105.

[4] Чорна О.С. Кримінальна відповідальність за невиконання рішення суду у кримінальному провадженні: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ. Дніпро, 2019. 230 с. С. 78.

[5] Балобанова Д.О. Теорія криміналізації: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2007. 17 с. С. 11.

[6] Там само. С. 3.

[7] Северин А.Ю. Завдання кримінально-правової політики. *Молодий вчений*. 2016. № 11. С. 324–328. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2016_11_78

[8] Борисов В.І., Фріс П.Л. Засади сучасної кримінально-правової політики України. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2014. Вип. 27. С. 30–38. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pbzz_2014_27_5

[9] Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за ред. В.О. Навроцького. Київ: Юрінком Інтер, 2013. 712 с.

[10] Фріс Л.М. Кримінально-правова політика: доцільність криміналізації та кримінальних покарань. *Українське право*. 2017. № 30. URL: https://www.ukrainepravo.com/scientific-thought/naukova-dumka/nuypkraoers-tuavsva-tsokkhyna-esshchkoerkfkhe-nuypkraokiashchkl-kha-nuypkraoerysh-tsnauare-/ (дата звернення: 23.12.2019).

[11] Овчаренко О.М. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації: монографія / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2008. 304 с. С. 263–303. С. 175.

[12] Урядовий портал: реформування системи виконання судових рішень. URL: https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/reformi/verhovenstvo-prava-ta-borotba-z-korupciyeyu/reformuvannya-sistemi-vikonannya-sudovih-rishen (дата звернення: 22.12.2019).

[13] Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, затвердженої Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015 (дата звернення: 20.12.2019).

[14] Рішення ЄСПЛ від 15 жовтня 2009 р. у справі «Ю. М. Іванов проти України» (Заява № 40450/04). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_479- (дата звернення: 23.12.2019).

[16] Офіційний веб-ресурс Української Гельсинської спілки з прав людини. URL: https://helsinki.org.ua/articles/pravozahysnyky-nevykonannya-rishen-sudiv-v-ukrajini-stalo-natsionalnoyu-tradytsijeyu/ (дата звернення: 23.12.2019).

[17] Урядовий портал: реформування системи виконання судових рішень. URL: https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/reformi/verhovenstvo-prava-ta-borotba-z-korupciyeyu/reformuvannya-sistemi-vikonannya-sudovih-rishen (дата звернення: 22.12.2019).

[18] Матеріали аналітичної доповіді «Першопричини невиконання судових рішень. *Національна безпека і оборона.* 2019. № 3–4. 92 с. С. 2.

[19] Там само. С. 32.

[20] Характеристика юридико-кримінологічних підстав криміналізації суспільно небезпечних діянь / О.М. Омельчук. *Університетські наукові записки*. 2014. № 1 (49). С. 138–143. С. 141.

References:

Romanyshyn, O.R. (2018). Kryminal'no-pravove zabezpechennia okhorony poriadku vykonannia sudovykh rishen' v Ukraini. Kyivs'kyj universytet prava NAN Ukrainy, Instytut derzhavy i prava im. V.M. Korets'koho NAN Ukrainy. Kyiv [in Ukrainian].

Bukach, M.O. (2016). Pidstavy i pryntsypy zaprovadzhennia kryminal'noi vidpovidal'nosti za nevykonannia sudovoho rishennia. *Naukovyj visnyk Uzhhorods'koho natsional'noho universytetu. Seriia: Pravo,* 41(2), 105. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_41%282%29__26 [in Ukrainian].

Chorna, O.S. (2019). Kryminal'na vidpovidal'nist' za nevykonannia rishennia sudu u kryminal'nomu provadzhenni. Dysertatsiia na zdobuttia naukovoho stupenia kandydata iurydychnykh nauk: 12.00.08. Dnipropetrovs'kyj derzhavnyj universytet vnutrishnikh sprav. Dnipro [in Ukrainian].

Balobanova, D.O. (2007). Teoriia kryminalizatsii : avtoref. dys. … kand. iuryd. nauk. nats. un.-t "Odes'ka iurydychna akademiia". Odesa [in Ukrainian].

Severyn, A.Yu. (2016). Zavdannia kryminal'no-pravovoi polityky. *Molodyj vchenyj,* 11, 324–328. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2016_11_78 [in Ukrainian].

Borysov, V.I., Fris, P.L. (2014). Zasady suchasnoi kryminal'no-pravovoi polityky Ukrainy. *Pytannia borot'by zi zlochynnistiu,* 27, 30–38. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pbzz_2014_27_5 [in Ukrainian].

Navrots'kiy, V.O. (za zah. red.). (2013). Ukrains'ke kryminal'ne pravo. Zahal'na chastyna: pidruchnyk. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

Fris, L.M. Kryminal'no-pravova polityka: dotsil'nist' kryminalizatsii ta kryminal'nykh pokaran'. *Ukrains'ke pravo*, 30.03.2017. URL: https://www.ukrainepravo.com/scientific-thought/naukova-dumka/nuypkraoers-tuavsva-tsokkhyna-esshchkoerkfkhe-nuypkraokiashchkl-kha-nuypkraoerysh-tsnauare [in Ukrainian].

Ovcharenko, O.M. (2008). Dostupnist' pravosuddia ta harantii joho realizatsii: monohrafiia; Natsional'na iurydychna akademiia Ukrainy im. Yaroslava Mudroho. Kh.: Pravo [in Ukrainian].

Uriadovyj portal: reformuvannia systemy vykonannia sudovykh rishen'. URL: https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/reformi/verhovenstvo-prava-ta-borotba-z-korupciyeyu/reformuvannya-sistemi-vikonannya-sudovih-rishen [in Ukrainian].

Stratehiia reformuvannia sudoustroiu, sudochynstva ta sumizhnykh pravovykh instytutiv na 2015-2020 roky, zatverdzhenoi Ukazom Prezydenta Ukrainy vid 20 travnia 2015 roku № 276/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276/2015 [in Ukrainian].

Rishennia YeSPL vid 15.10.2009 roku u spravi «Yu.M. Ivanov proty Ukrainy» (Zaiava № 40450/04) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_479 [in Ukrainian].

Ofitsijnyj veb-resurs Ukrains'koi Hel'syns'koi spilky z prav liudyny. URL: https://helsinki.org.ua/articles/pravozahysnyky-nevykonannya-rishen-sudiv-v-ukrajini-stalo-natsionalnoyu-tradytsijeyu/ [in Ukrainian].

Materialy analitychnoi dopovidi «Pershoprychyny nevykonannia sudovykh rishen'. (2019). *Natsional'na bezpeka i oborona,* 3–4, 2 [in Ukrainian].

Omel'chuk, O.M. (2014). Kharakterystyka iurydyko-kryminolohichnykh pidstav kryminalizatsii suspil'no-nebezpechnykh diian'. *Universytets'ki naukovi zapysky*, 1 (49), 141 [in Ukrainian].

Резюме

Юсубов К.В. **Соціальна обумовленість кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень.**

У статті розглядається соціальна обумовленість кримінально-правової охорони порядку виконання судових рішень. Встановлено, що незалежно від обраної теоретичної моделі криміналізації діяння соціальна обумовленість кримінально-правової охорони невиконання судового рішення характеризується усіма ознаками, які зумовлюють висновок про доцільність криміналізації такої поведінки. Сформульовано основні чинники криміналізації невиконання судового рішення: 1) суспільно небезпечність діяння, яке посягає на авторитет правосуддя; 2) розповсюдженість такої суспільно небезпечної поведінки, що дало підстави для констатації ЄСПЛ системного характеру невиконання судових рішень в Україні; 3) необхідність виконання міжнародних зобов'язань, що випливають з членства України в Раді Європи та визнання юрисдикції ЄСПЛ, що зумовлюють здійснення заходів загального характеру.

Ключові слова: криміналізація, підстави криміналізації, принципи криміналізації, чинники криміналізації, невиконання судового рішення, кримінально-правова охорона правосуддя, обов'язковість виконання судового рішення.

Резюме

Юсубов К.В. **Социальная обусловленность уголовно-правовой охраны порядка исполнения судебных решений.**

В статье рассматривается социальная обусловленность уголовно-правовой охраны порядка исполнения судебных решений. Установлено, что независимо от выбранной теоретической модели криминализации деяния социальная обусловленность уголовно-правовой охраны невыполнения судебного решения характеризуется всеми признаками, которые обуславливают вывод о целесообразности криминализации такого деяния.

Сформулированы основные факторы криминализации невыполнения судебного решения: 1) общественная опасность деяния, которое посягает на авторитет правосудия; 2) распространение такого общественно опасного поведения, что дало основания для констатации ЕСПЧ системного характера невыполнения судебных решений в Украине; 3) необходимость выполнения международных обязательств, вытекающих из членства Украины в Совете Европы и признания юрисдикции ЕСПЧ, которые обуславливают осуществление мер общего характера.

Ключевые слова: криминализация, основания криминализации, принципы криминализации, факторы криминализации, неисполнение судебного решения, криминально-правовая охрана правосудия, обязательность исполнения судебного решения.

Summary

Kostyantyn Yusubov. **Social conditionality of protection of the order of execution of court decisions.**

The article deals with the social conditionality of the criminal and legal protection of the enforcement of court decisions.

The grounds and principles of setting up criminal responsibility for not fulfilling court decision are being investigated. The grounds of setting up criminal responsibility for not fulfilling court decision were researched on the light of different theories of criminalization. One of them proceeds from its understanding as an integral part of criminal law policy. According other theory criminalization is a system of crimes that are written in the criminal law also as result of legislative activity of the state.

Based on the above, it can be concluded that, regardless of the chosen theoretical model of criminalization of action, the social conditionality of criminal protection of non-enforcement of a court decision is characterized by all the characteristics that lead to the conclusion that it is appropriate to criminalize such behavior.

The main factors (grounds, criteria) of criminalizing the non-enforcement of a court decision include: 1) socially dangerous of behavior that encroaches on the authority of justice, since the execution of a court decision is one of the guarantees of access to justice; 2) the widespread prevalence of this socially dangerous behavior that gave rise to ECHR finding of the systemic nature of non-enforcement of judgments in Ukraine; 3) the need to fulfill the international obligations arising from the membership of Ukraine in the Council of Europe and the recognition of the jurisdiction of the ECHR, which leads to the implementation of general measures.

These factors determine the need to influence the public relations by criminal law measures, however, taking into account the principle of saving criminal repression.

Key words: criminalization, grounds for criminalization, principles of criminalization, factors of criminalization, non-enforcement of a judgment, criminal justice protection, obligation to enforce a judgment.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.65
УДК 341.6

О.М. ПОЛІВАНОВА

Олена Миколаївна Поліванова, *кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*[*]

ORCID: 0000-0002-5670-8900

ДО ПИТАННЯ ЮРИСДИКЦІЇ МІЖНАРОДНОГО СУДУ ООН У СПОРІ «УКРАЇНА ПРОТИ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ»

Постановка проблеми. 16 січня 2017 р. Уряд України подав до реєстру Міжнародного суду ООН (далі – МС ООН, Суд) Заяву про порушення справи проти Російської Федерації (далі – РФ) щодо порушень останньою своїх міжнародно-правових зобов'язань[1], а 8 листопада 2019 р. МС ООН виніс рішення щодо попередніх заперечень Російської Федерації проти юрисдикції Суду у даній справі на користь України[2]. Це означає, що слухання справи «Україна проти РФ» по суті все ж відбудеться. І у зв'язку з цим надзвичайної актуальності набуває вивчення питання юрисдикції Суду у цій справі, визнання якої за Судом у згаданому вище рішенні допоможе українській стороні довести міжнародному співтовариству свою позицію і притягнути РФ до міжнародно-правової відповідальності за міжнародні протиправні діяння, вчинені нею з 2014 р. щодо України і заявлені нашою державою у поданому позові.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивченню окремих питань юрисдикції МС ООН присвятили свої праці А.І. Дмитрієв, В.Л. Ісраелян, І. Караман, В. Кононенко, В.А. Ліпкан, О.І. Мельничук, Я.Ю. Миколаєнко, К.О. Савчук, О.В. Терещенко, Л.Д. Тимченко, В. Шаблій. Проте, зважаючи на те, що досліджуване рішення МС ООН було винесено тільки у листопаді 2019 р., комплексний аналіз обґрунтування Судом своєї юрисдикції у цій справі на даний час відсутнє.

Формулювання мети статті. Метою статті є аналіз обґрунтування МС ООН наявності юрисдикції *ratione materiae* у спорі «Застосування Міжнародної конвенції про боротьбу із фінансуванням тероризму і Міжнародної конвенції з ліквідації всіх форм расової дискримінації (Україна проти Російської Федерації)».

Виклад основного матеріалу. Як зазначалося вище, 16 січня 2017 р. Уряд України подав до реєстру Суду Заяву про порушення справи проти РФ щодо ймовірних порушень останньою своїх зобов'язань відповідно до Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р. (далі – КБФТ) та Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21 грудня 1965 р. (далі – КЛвФРД)[3], а також – Запит на визначення тимчасових заходів в рамках ст. 41 Статуту МС ООН[4] (далі – Статут) і ст. ст. 73, 74 і 75 Регламенту Суду[5]. У своїй заяві Україна прагнула встановити юрисдикцію МС ООН[6] відповідно до п. 1 ст. 24 КБФТ[7] та ст. 22 КЛвФРД[8] на підставі п. 1 ст. 36 Статуту[9].

Постановою від 19 квітня 2017 р. Суд, заслухавши сторони, визначив у рамках тимчасових заходів, що у Криму РФ повинна, відповідно до своїх зобов'язань, передбачених КЛвФРД, утримуватися від збереження чи встановлення обмежень на здатність функціонування представницьких установ кримськотатарської громади, включаючи Меджліс, а також забезпечити доступність освіти українською мовою[10]. Крім того, в межах тих же тимчасових заходів, встановлених Судом, сторони спору утримуються від будь-яких дій, які могли б його погіршити, розширити чи ускладнити його вирішення Судом[11].

У своєму листі від 19 квітня 2018 р. Україна звернула увагу Суду на ймовірну невідповідність дій РФ § 1 (a) 106 резолютивного пункту Постанови Суду щодо визначення тимчасових заходів (далі – Постанова) як наслідок, на думку української сторони, тлумачення відповідачем даного положення Постанови всупереч його правильному змісту. Виходячи із наявності «різних і суперечливих тлумачень» відповідного положення, 19 квітня 2019 р. Україна звернулася до Суду із запитом роз'яснити Постанову[12]. 17 травня 2018 р. МС ООН звернувся із наступними запитами: до відповідача – надати до 7 червня 2018 р. інформацію щодо заходів по

© О.М. Поліванова, 2019

[*] ***Olena Polivanova,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

імплементації § 1 (a) 106 резолютивного пункту Постанови, до позивача – до тієї ж дати забезпечити Суд наявними у нього відомостями у цьому зв'язку. Після отримання такої інформації Судом у встановлені строки сторони направили Суду коментарі позицій одна одної. Розглянувши інформацію, надану сторонами, МС ООН повторно звернувся до РФ із запитом надати до 18 січня 2019 р. відомості щодо застосованих нею заходів по імплементації § 1 (a) 106 резолютивного пункту Постанови, а до України – із запитом передати в Суд наявну у неї інформацію у цьому зв'язку. У результаті МС ООН вирішив перенести розгляд направлених сторонами коментарів в рамках можливого розгляду спору по суті[13].

Постановою від 12 травня 2017 р. Голова Суду вказав, що меморандум України і контрмеморандум РФ повинні бути подані 12 червня 2018 р. і 12 липня 2019 р. відповідно. Меморіал України був поданий у встановлений таким чином строк[14].

12 вересня 2018 р. в межах строку, передбаченого п. 1 ст. 79 Регламенту[15], РФ висунула попередні заперечення проти юрисдикції Суду та прийнятності позову[16]. Як наслідок, Постановою від 17 вересня 2018 р. Суд визначив 14 січня 2019 р. дедлайном представлення Україною її письмової заяви із зауваженнями та подання щодо попередніх заперечень, висунутих РФ. Україна подала таку заяву протягом встановленого строку, і справа стала готова до слухання стосовно попередніх заперечень[17].

Громадські слухання по попереднім запереченням Російської Федерації були проведені з 3 по 7 червня 2019 року[18]. 8 листопада 2019 р. МС ООН виніс рішення щодо розгляду попередніх заперечень РФ щодо застосування КБФТ і КЛвФРД (Україна проти РФ) (далі – Рішення), яким встановив свою юрисдикцію у даному спорі[19].

Розглянемо детальніше обґрунтування Судом наявності у нього юрисдикції у спорі «Україна проти РФ».

У своїй заяві Україна звернулася до Суду із запитом прийняти рішення і оголосити, що Російська Федерація, через свої державні органи, своїх державних агентів, інших осіб та установ, які здійснюють державні повноваження, і через інших агентів, що діють за її вказівками або під її керівництвом та контролем, порушила свої зобов'язання, передбачені КБФТ:

– постачанням коштів, в тому числі у натуральній формі зброєю, тренуванням незаконних збройних формувань, які здійснюють терористичні акти в Україні, включаючи ДНР, ЛНР, харківських партизанів та асоційованих груп та осіб – всупереч положенням ст. 18;

– неспроможністю прийняти необхідні заходи для виявлення, заморожування і вилучення коштів, які використовуються для надання допомоги незаконним збройним формуванням, що здійснюють акти тероризму в Україні, в тому числі ДНР, ЛНР, харківських партизанів, і пов'язаних з ними груп і окремих осіб – всупереч положенням ст. ст. 8 і 18;

– неспроможністю розслідувати, притягнути до відповідальності чи екстрадиціювати винних у фінансуванні тероризму, виявлених на її території – всупереч положенням ст. ст. 9, 10, 11 та 18;

– ненаданням Україні найбільшої міри допомоги у зв'язку із кримінальними розслідуваннями щодо фінансування тероризму – всупереч положенням ст. ст. 12 та 18; і

– невжиттям всіх практичних заходів щодо запобігання та протидії актам фінансування тероризму, вчиненим російськими державними та приватними суб'єктами – всупереч положенням статті 18[20].

Більше того, Україна просила МС ООН винести рішення та визнати, що Російська Федерація несе міжнародну відповідальність, в силу свого спонсорства тероризму і неспроможності не допустити фінансування тероризму відповідно до КБФТ, за терористичні акти, вчинені її довіреними особами в Україні, включаючи:

– збиття літака малайзійських авіаліній рейсу МН17;

– обстріли жилих районів Маріуполя та Краматорська;

– знищення цивільного пасажирського автобуса неподалік від Волновахи;

– смертоносний вибух під час мирного зібрання в Харкові[21].

Українська сторона також заявляла, що Російська Федерація через свої державні органи, за допомогою державних агентів та інших осіб і установ, що здійснюють державні повноваження, включаючи *de facto* органи влади, які здійснюють управління незаконною російською окупацією Криму, через інших агентів, що діють за її вказівками або під її керівництвом та контролем, порушила свої зобов'язання за КЛвФРД:

– систематичною дискримінацією кримськотатарських та етнічних українських спільнот у Криму і здійсненням державної політики культурного стирання таких знедолених груп, які сприймаються як опозиція окупаційного режиму;

– проведенням незаконного референдуму в атмосфері насильства та залякування неросійських етнічних груп без будь-яких зусиль шукати консенсусного та всеохоплюючого рішення щодо їхнього захисту, як початкового кроку до позбавлення цих громад захисту в рамках українського права і підданням їх режиму російського панування;

– придушенням політичного та культурного вираження кримськотатарської ідентичності, у тому числі шляхом переслідування кримськотатарських лідерів та заборони Меджлісу кримськотатарського народу;

– перешкоджанням зібрань кримських татар для святкування та вшанування важливих культурних подій;

– здійсненням та толеруванням кампанії зникнень і вбивств кримських татар;

– утисканням кримськотатарської громади свавільним режимом обшуків та затримання;

– замовчуванням кримськотатарських ЗМІ;

– придушенням освіти кримськотатарською мовою та навчальних закладів кримськотатарської громади;

– придушенням освіти українською мовою, на яку розраховують етнічні українці;

– перешкоджанням етнічним українцям збиратися для святкування та вшанування важливих культурних подій;

– замовчуванням етнічних українських ЗМІ[22].

Резюмуючи викладене вище, Україна звинуватила Російську Федерацію у порушеннях ст. ст. 8, 9, 10, 12, 18 КБФТ та ст. ст. 2, 4, 5, 6, 7 КЛвФРД[23].

Визначаючи предмет спору (як цього вимагають п. 1 ст. 40 Статуту МС ООН[24] і п. 1 ст. 38 Регламенту Суду[25]) МС ООН зазначив, що Україна не просить Суд прийняти рішення щодо ймовірних «агресії» Російської Федерації чи «неправомірної окупації» території України. Так само держава-позивач не очікує від Суду проголошення ним статусу Криму чи будь-якого порушення норм міжнародного права відмінних від тих, що містяться у КБФТ і КЛвФРД. Таким чином, зазначені питання не являють собою предмет спору[26].

Суд зауважив, що Україна просить Суд ухвалити та визнати, що Російська Федерація порушила ряд положень КБФТ і КЛвФРД, що держава-відповідач несе міжнародну відповідальність за ці порушення. Україна ж вимагає припинити їх і відшкодувати завдані ними збитки[27].

На думку Суду, спір складається із двох аспектів. Перший стосується того, чи які-небудь права або обов'язки сторін за КБФТ щодо запобігання і придушення фінансування тероризму порушені в контексті подій, які відбулися на Сході України починаючи з весни 2014 р., і чи були вчинені такі порушення з фінансування тероризму, які підпадають під кваліфікацію п. 1 ст. 2 КБФТ[28]. Другий аспект пов'язаний із непорозумінням сторін щодо того, чи рішення або заходи, ймовірно прийняті відповідачем проти кримських татар і українців у Криму, являють собою акти расової дискримінації і чи Російська Федерація несе відповідальність у цьому зв'язку за порушення зобов'язань в рамках ст. ст. 2, 4, 5, 6, і 7 КЛвФРД[29]. Як наслідок, Суд дійшов висновку, що в рамках першого аспекту предмет спору полягає у тому, чи РФ була зобов'язана відповідно до КБФТ вживати заходів та співпрацювати у сфері запобігання й придушення передбачуваного фінансування тероризму в контексті подій на сході України та, якщо так, чи порушила РФ таке зобов'язання. Предметом суперечки у межах другого аспекту, на думку МС ООН, є те, чи порушила РФ свої зобов'язання в рамках КЛвФРД дискримінаційними заходами, застосованими, виходячи з позиції України, проти кримськотатарської та української громад у Криму[30].

Розглядаючи питання юрисдикції, МС ООН нагадав сторонам, що його юрисдикція ґрунтується на згоді сторін і обмежується мірою такої згоди[31]. Для встановлення юрисдикції Суду Україна залучила положення п. 1 ст. 24 КБФТ[32] та ст. 22 КЛвФРД[33]. Зазначені положення КБФТ мають наступний зміст: «Будь-який спір між двома чи більше державами-учасницями щодо тлумачення або застосування цієї Конвенції, який не може бути врегульований шляхом переговорів протягом розумного періоду часу, передається на прохання однієї з них до арбітражу. Якщо протягом шести місяців з дня звернення з проханням про арбітраж сторони не зможуть домовитися про його організацію, будь-яка з цих сторін може передати спір до Міжнародного Суду, звернувшись із заявою відповідно до Статуту Суду»[34]. Положення ст. 22 КЛвФРД містять схожий зміст: «Всякий спір між двома або кількома Державами-учасницями стосовно тлумачення чи застосування цієї Конвенції, який не розв'язано шляхом переговорів або процедур, спеціально передбачених у цій Конвенції, передається на вимогу будь-якої із сторін у цьому спорі на розгляд Міжнародного Суду, якщо сторони в спорі не домовилися про інший спосіб урегулювання»[35].

Україна та РФ є сторонами КБФТ, яка набула чинності для них 5 січня 2003 р. та 27 грудня 2002 р. відповідно. Жодна з двох держав не внесла застережень щодо застосування Конвенції[36].

Україна та Російська Федерація також є сторонами КЛвФРД. Конвенція набула чинності для України 6 квітня 1969 року. Ратифікаційна грамота, що була передана Україною 7 березня 1969 р., містила застереження до ст. 22 Конвенції; 20 квітня 1989 р. депозитарій отримав повідомлення про те, що це застереження було знято. РФ є стороною Конвенції як держава, яка продовжує дію міжнародної правосуб'єктності Союзу Радянських Соціалістичних Республік, щодо якого КЛвФРД набула чинності 6 березня 1969 року. Ратифікаційний документ, депонований СРСР 4 лютого 1969 р., містив застереження до ст. 22 Конвенції; 8 березня 1989 р. депозитарій отримав повідомлення про те, що це застереження було знято[37].

Держава-відповідач заперечувала юрисдикцію Суду на підставі заявлених Україною статей конвенцій у даному спорі. На думку РФ, спір не є таким, у якому Суд може мати юрисдикцію *ratione materiae* як у рамках п. 1 ст. 24 КБФТ, так і в межах ст. 22 КЛвФРД[38], оскільки процедурні передумови, викладені у положеннях цих статей, не були виконані Україною перш, ніж вона звернулася до Суду[39].

Суд, у свою чергу, зазначив, що його юрисдикція *ratione materiae* щодо спору за п. 1 ст. 24 КБФТ охоплює «будь-який спір між двома або більше державами-учасницями щодо тлумачення чи застосування цієї Конвенції»[40]. Тому МС ООН приділив увагу визначенню того, чи даний спір між сторонами стосується тлумачення чи застосування КБФТ[41].

Як Суд вказував раніше у «Нафтових платформах»[42] і нещодавно – у справі стосовно деяких іранських активів[43], щоб визначити юрисдикцію Суду *ratione materiae* за компромісним пунктом щодо спорів, пов'язаних з тлумаченням чи застосуванням договору, необхідно з'ясувати, чи підпадають дії, на які заявник скаржиться, «під положення договору, що містить такий пункт». Для цього може бути необхідним тлумачення положень, які визначають обсяг договору. У даному спорі, на думку Суду, КБФТ підлягає тлумаченню в рамках ст. ст. 31 і 33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р.[44], сторонами якої є як Україна, так і РФ[45]. Суд уточнив, що на прийдешньому етапі провадження судового розгляду визна-

чення наявності чи відсутності ймовірних протиправних дій чи правдоподібності позовних вимог Судом не гарантується, оскільки завданням Суду на даному етапі, як це передбачено ст. 79 Регламенту Суду, є розгляд права і факту, які стосуються заперечення юрисдикції Суду.

КБФТ покладає на держави-сторони зобов'язання щодо правопорушень, вчинених особою, коли «ця особа будь-якими способами, прямо чи опосередковано, незаконно та умисно, забезпечує або збирає кошти з наміром їх використання або з огляду на те, що вони будуть використані» повністю або частково для здійснення терористичних актів, описаних у п. 1 а) та б) ст. 2. Як зазначено в преамбулі, метою Конвенції є прийняття «ефективних заходів щодо запобігання фінансуванню тероризму, а також для його придушення шляхом переслідування та покарання винних у його вчиненні». КБФТ розглядає правопорушення вчинені фізичними особами. Зокрема, ст. 4 вимагає від кожної держави-сторони Конвенції встановити злочини, передбачені ст. 2, кримінальними злочинами відповідно до її внутрішнього законодавства, а також зробити такі злочини караними відповідними їм покараннями. Фінансування державою терористичних актів не покривається положеннями КБФТ. Це підтверджується роботою з підготовки Конвенції, яка вказує, що пропозиції щодо включення до Конвенції питань щодо фінансування державами терористичних актів були висунуті, але не були прийняті[46]. Як згадувалося в доповіді Спеціального комітету, створеного Генеральною Асамблеєю ООН для сприяння розробці проєкту КБФТ, деякі делегації навіть пропонували виключити всі сфери відповідальності держави із сфери дії Конвенції[47]. Однак ніколи не оскаржувалося, що якщо держава вчинить порушення своїх зобов'язань відповідно до КБФТ, вона несе за це відповідальність[48]. Висновок щодо того, що фінансування актів тероризму державами лежить поза обсягом КБФТ не означає, що таке фінансування є правомірним за міжнародним правом. Суд нагадав, що у резолюції 1373 (2001) Рада Безпеки ООН, діючи відповідно до глави VII Статуту ООН, вирішила, що всі держави « …утримуються від надання будь-якої форми підтримки, активної чи пасивної, суб'єктам чи особам, причетним до терористичних актів»[49].

При визначенні винних у вчиненні злочинів фінансування терористичних актів у ст. 2 КБФТ використовує термін «будь-яка особа»[50]. Виходячи зі звичайного значення цього терміна, він охоплює всі категорії осіб, жодна з яких прямо не виключена Конвенцією. Термін охоплює як приватних осіб, так і тих, які є державними агентами. Як зауважив Суд, державне фінансування терористичних актів виходить за межі регулювання КБФТ; отже, вчинення державною посадовою особою злочину, описаного у ст. 2, само по собі не має наслідком відповідальності відповідної держави за Конвенцією. Однак усі держави-сторони КБФТ зобов'язані вжити відповідних заходів та співпрацювати у запобіганні та припиненні злочинів фінансування терористичних актів, вчинених якою-небудь особою. Якщо держава порушить таке зобов'язання, вона нестиме відповідальність згідно з Конвенцією[51].

Як зазначено у назві КБФТ, Конвенцією конкретно покриваються дії з підтримки терористичних актів шляхом їх фінансування. У п. 1 ст. 2 КБФТ йдеться про надання або збір «коштів». Пункт 1 ст. 1 Конвенції визначає «кошти» як активи будь-якого роду, матеріальні чи нематеріальні, рухомі чи нерухомі, незалежно від способу їх придбання, а також юридичні документи або акти в будь-якій формі, у тому числі в електронній або цифровій, які засвідчують право на такі активи або участь у них, включаючи банківські кредити, дорожні чеки, банківські чеки, поштові перекази, акції, цінні папери, облігації, векселя, акредитиви, але не обмежуючись ними[52]. Це визначення охоплює багато видів фінансових інструментів і включає також інші активи. Оскільки Російська Федерація не висловлювала жодних заперечень проти юрисдикції Суду стосовно обсягу терміна «кошти» і, зокрема, проти посилання України в її поданні на надання зброї, це питання сфери застосування КБФТ, немає потреби розглядати на даному етапі. Однак тлумачення визначення поняття «кошти» може бути доречним на стадії розгляду справи по суті[53].

Елементом злочину, передбаченого п. 1 ст. 2 КБФТ, є надання особою коштів «з наміром використовувати їх або знаючи, що вони повинні бути використані» для вчинення терористичного акту. Наявність необхідного наміру чи знань викликає складні питання права та, особливо, фактів, у яких сторони розійшлися, і є предметом розгляду в рамках суті справи. Те саме можна сказати і щодо кваліфікації конкретний акт відповідно до пунктів 1 а) або б) ст. 2 Конвенції.

З огляду на викладене вище, Суд постановив, що заперечення, висловлені РФ щодо його юрисдикції *ratione materiae* відповідно до КБФТ, не можуть бути задоволені[54].

Визначаючи, чи українською стороною були виконані процедурні вимоги, встановлені в рамках п. 1 ст. 24 КБФТ, Суд звернув увагу на те, чи спір між сторонами міг бути вирішений шляхом перемовин упродовж розумного терміну, і, якщо міг, то чи сторони були нездатні узгодити організацію арбітражу впродовж шести місяців з дати запиту на арбітраж[55]. У цьому зв'язку Суд зауважив, що п. 1 ст. 24 КБФТ дійсно вимагає, в рамках першої процедурної вимоги встановлення юрисдикції Суду, щоб держава зробила справжню спробу врегулювання спору, про який йдеться, з іншою заінтересованою державою. Така процедурна вимога вважається виконаною, якщо спір «не може бути вирішений шляхом переговорів у розумний термін»[56]. При цьому «предмет переговорів повинен стосуватися предмета спору, який, у свою чергу, повинен стосуватися матеріальних зобов'язань, що містяться у відповідному договорі»[57]. Врахувавши Вербальну ноту, направлену 28 червня 2014 р. РФ українською стороною, Вербальну ноту направлену Україною 24 вересня 2014 р., а також чотири зустрічі в Мінську (остання відбулася 17 березня 2016 р.) і невеликий прогрес у перемовинах сторін щодо обговорюваних питань, Суд зробив висновок, що даний спір не міг бути вирішений методом переговорів у розумний термін, наслідком чого є задоволення Україною процедурної передумови в рамках п. 1 ст. 24 КБФТ[58].

Суд також розглянув попередні заперечення держави-відповідача щодо юрисдикції Суду і прийнятності вимог української сторони на основі КЛвФРД. З точки зору РФ справжньою причиною порушення спору між сторонами є не расова дискримінація, а статус Криму. Відповідач стверджував, що заходи, які Україна характеризує як расову дискримінацію, не є порушенням КЛвФРД, оскільки вони в жодному разі не засновуються на положеннях, викладених у п. 1 ст. 1 Конвенції. На думку РФ, претензії України щодо расової дискримінації полягають у твердженні того, що заходи, ймовірно вжиті РФ стосовно членів певних етнічних громад, були мотивовані протидією цими громадами «анексії» Криму. Відповідач також стверджував, що подане Україною визначення «етнічної приналежності» не співзвучне ні з його значенням у КЛвФРД, ні з наміром її розробників, а також не знаходить підтвердження ані в державній практиці, ані в рішеннях Комітету з ліквідації расової дискримінації. Разом із тим, РФ не заперечувала того, що кримські татари та етнічні українці в Криму становлять окремі етнічні групи, що захищаються КЛвФРД[59].

Суд зауважив, що на цій стадії провадження для визначення наявності в нього юрисдикції *ratione materiae* за КЛвФРД йому необхідно упевнитися у тому, чи оскаржувані Україною заходи підпадають під положення КЛвФРД. У цьому відношенні Суд зазначає, що обидві сторони погоджуються, що кримські татари та етнічні українці в Криму становлять етнічні групи, захищені в рамках КЛвФРД. Більше того, ст. ст. 2, 4, 5, 6 та 7 Конвенції встановлюють конкретні обов'язки щодо поводження з людьми на основі «раси, кольору, походження, національної чи етнічної приналежності»[60]. У п. 1 ст. 2 КЛвФРД міститься загальний обов'язок проводити всіма відповідними засобами політику усунення расової дискримінації та зобов'язання не вчинити жодної дії чи практики расової дискримінації щодо осіб, груп осіб чи установ. Стаття 5 Конвенції передбачає обов'язок забороняти та ліквідувати расову дискримінацію і гарантувати право кожного на рівність перед законом, особливо в користуванні згаданими там правами, включаючи політичні, громадянські, економічні, соціальні та культурні права[61]. Суд, беручи до уваги широко сформульовані права та обов'язки, що містяться в Конвенції, включаючи зобов'язання, передбачені п. 1 ст. 2, та невичерпний перелік прав у ст. 5, підсумував, що заходи, на які скаржилася Україна, здатні негативно впливати на користування певними правами, захищеними відповідно до КЛвФРД. Таким чином, ці заходи підпадають під положення Конвенції. Отже, Суд дійшов висновку, що вимоги України підпадають під положення КЛвФРД[62].

Визначаючи задоволення Україною процедурних вимог ст. 22 КЛвФРД, Суд зазначив, що відповідно до цієї статті Суд має юрисдикцію вирішувати спір, поданий на основі Конвенції, якщо такий спір «не вирішений переговорами чи процедурами, явно передбаченими Конвенцією»[63]. У справі про застосування Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, Суд встановив, що «в їх звичайному значенні положення статті 22 КЛвФРД, а саме «будь-який спір … який не врегульований шляхом переговорів чи процедур, прямо передбачених цією Конвенцією», встановлюють передумови, які повинні бути виконані перед Судом»[64]. Суд вважає, що «переговори» та «процедури, прямо передбачені [Конвенцією]», є двома способами досягнення тієї ж мети, а саме – врегулювання спору за домовленістю[65]. Якщо переговори та процедура Комітету з ліквідації расової дискримінації вважатимуться кумулятивними, державам доведеться спочатку намагатися врегулювати їхній спір в рамках переговорів, а потім, якщо таке врегулювання не буде успішним, передати оспорюване питання у Комітет, знову для того, щоб досягти узгодженого рішення[66]. Тому, на думку Суду, контекст ст. 22, скоріше, вказує на те, що не було б розумно вимагати від держав-сторін, які вже не змогли досягти узгодженого врегулювання шляхом переговорів, брати участь у додатковому наборі переговорів відповідно до умов, викладених у ст. ст. 11–13 КЛвФРД. Більше того, п. 1 ст. 2 Конвенції передбачає, що держави-сторони Конвенції зобов'язуються «негайно» усунути расову дискримінацію[67]. Статті 4 та 7 передбачають, що держави-сторони зобов'язуються викорінити розпалювання расової дискримінації та боротися з забобонами, що ведуть до расової дискримінації, шляхом прийняття відповідно «негайних та позитивних заходів» та «негайних та ефективних заходів»[68]. На думку Суду, досягнення таких цілей буде ускладнено, якщо процесуальні передумови, передбачені ст. 22 Конвенції, будуть розглядатися як кумулятивні. Отже, Суд доходить висновку, що ст. 22 КЛвФРД встановлює альтернативні передумови юрисдикції Суду. Оскільки спір між Сторонами не був переданий Комітету Конвенції, Суд лише вивчив, чи намагалися Сторони домовитись про врегулювання свого спору[69].

У своїй попередній практиці МС ООН вже мав можливість вивчити поняття «переговори», використане у ст. 22 КЛвФРД. У справі «Про застосування Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації («Грузія проти Російської Федерації»)»[70] Суд зазначив: «Переговори відрізняються від простих протестів чи суперечок. Переговори тягнуть за собою більше, ніж просте протиставлення правових поглядів чи інтересів двох сторін, або наявність низки звинувачень і спростувань, або навіть обмін претензіями та прямо протиставлені зустрічні вимоги. Таким чином, поняття «переговори» відрізняється від поняття «суперечка» і вимагає, принаймні, справжньої спроби однієї із сторін, що сперечається, вступити в дискусії з іншою стороною, що сперечається, з метою вирішення спору»[71]. Суд також зазначив, що «докази такої спроби ведення переговорів – або їх проведення – не вимагають досягнення фактичної згоди між сторонами, що спорять»[72]. Щоб виконати вимогу компромісного пункту договору, ці переговори повинні стосуватися предмета договору, що містить компромісний пункт[73]. Крім того, Суд постановив, що «попередня умова переговорів виконується лише тоді, коли відбувся провал переговорів або коли переговори стали марними або тупиковими»[74].

Суд зауважує, що переговори між сторонами тривали приблизно два роки і включали як дипломатичне листування, так і зустрічі віч-на-віч, що, на думку Суду і незважаючи на відсутність успіху в досягненні

переговорного рішення, вказує на те, що справжня спроба переговорів була здійснена Україною. Крім того, Суд вважає, що під час їх дипломатичних обмінів відповідні позиції Сторін залишалися практично однаковими. Таким чином, Суд дійшов висновку, що переговори між Сторонами стали марними або тупиковими до того часу, коли Україна подала свою заяву згідно зі 22 КЛвФРД[75]. Відповідно, Суд дійшов висновку, що процесуальні передумови для його юрисдикції згідно зі ст. 22 КЛвФРД задоволені в обставинах цієї справи. Як результат, Суд має юрисдикцію щодо розгляду заявлених Україною вимог на основі КЛвФРД[76].

Висновки. Виходячи з рішення, при визначенні наявності юрисдикції Суду *ratione materiae* щодо спору за п. 1 ст. 24 КБФТ вирішальне значення має визначення того, чи даний спір між сторонами стосується тлумачення або застосування Конвенції. Здійснивши тлумачення положень КБФТ, Суд визначив, що оскаржувані Україною дії РФ підпадають під її положення. Таким чином Суд відкинув висловлені РФ заперечення юрисдикції *ratione materiae* відповідно до КБФТ. Визначаючи, чи українською стороною були виконані процедурні вимоги, встановлені в рамках п. 1 ст. 24 КБФТ, Суд констатував, що сторони зробили справжню спробу врегулювання спору, і оскільки даний спір не міг бути вирішений методом переговорів у розумний термін, Україна задовольнила процедурну передумову застосування п. 1 ст. 24 КБФТ.

Для визначення наявності у Суду юрисдикції *ratione materiae* за КЛвФРД йому необхідно упевнитися в тому, чи оскаржувані Україною заходи підпадають під положення КЛвФРД. Зважаючи на те, що обидві сторони погодилися, що кримські татари та етнічні українці в Криму становлять етнічні групи, захищені в рамках КЛвФРД, а також виходячи із тлумачення положень КЛвФРД, Суд визнав оскаржувані Україною заходи РФ такими, які здатні негативно впливати на користування правами, захищеними КЛвФРД. Таким чином, ці заходи підпадають під положення Конвенції. Отже, Суд дійшов висновку, що вимоги України підпадають під положення КЛвФРД.

Визначаючи задоволення Україною процедурних вимог ст. 22 КЛвФРД, Суд зазначив, що ця стаття встановлює альтернативні передумови юрисдикції Суду. Оскільки спір між сторонами не був переданий Комітету Конвенції, Суд вивчив, чи намагалися сторони домовитись про врегулювання свого спору. Суд дійшов висновку, що переговори між сторонами спору стали тупиковими до того часу, коли Україна подала свою заяву відповідно до ст. 22 КЛвФРД у МС ООН. Відповідно, процесуальні передумови для його юрисдикції згідно зі ст. 22 КЛвФРД задоволені в обставинах цієї справи. Як результат, Суд має юрисдикцію щодо розгляду заявлених Україною вимог на основі КЛвФРД.

---

[1] Application instituting proceedings (filed in the Registry of the Court on 16 January 2017). *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Ukraine v. Russian Federation), p. 90, para. 134. URL: https://www.icj-cij.org/files/case-related/166/166-20170116-APP-01-00-EN.pdf (дата звернення: 10.12.2019) (далі – "*Application instituting proceedings*").

[2] *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Ukraine v. Russian Federation). Judgment of 8 November 2019. URL: https://www.icj-cij.org/files/case-related/166/166-20191108-JUD-01-00-EN.pdf (дата звернення: 10.12.2019) (далі – "*Ukraine v. Russian Federation*").

[3] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 8, para. 1.

[4] Charter of the United Nations. *United Nations*. URL: https://www.un.org/en/charter-united-nations/ (accessed: 09.12.2019) (далі – "*Charter of the UNs*").

[5] Rules of the Court (1978) adopted on 14 April 1978 and entered into force on 1 July 1978. *International Court of Justice*. URL: https://www.icj-cij.org/en/rules (accessed: 09.12.2019) (далі – *Rules of the Court*).

[6] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 8, para. 2.

[7] UN General Assembly, *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, 9 December 1999, No. 38349. URL: https://www.refworld.org/docid/3dda0b867.html (accessed: 17 December 2019) (далі – "*ICSFT*").

[8] UN General Assembly, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195, URL: https://www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html (accessed: 17 December 2019) (далі – "*ICEFRD*").

[9] Statute of the International Court of Justice. *International Court of Justice*. URL: https://www.icj-cij.org/en/statute (accessed: 09.12.2019) (далі – *Statute of the ICJ*).

[10] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 9, para. 9.

[11] Там само.

[12] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 9, para.10.

[13] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 9, para. 11.

[14] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 9, para. 13.

[15] *Rules of the Court.*

[16] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 9, para. 14.

[17] Там само.

[18] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 9, para. 17.

[19] *Ukraine v. Russian Federation.*

[20] *Application instituting proceedings*, p. 90, para. 134.

[21] *Application instituting proceedings*, p. 92, para. 135.

[22] *Application instituting proceedings*, p. 94, para. 137.

[23] *Ukraine v. Russian Federation*, pp. 15–18, para. 19.

[24] *Statute of the ICJ.*

[25] *Rules of the Court*.
[26] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 21, para. 29.
[27] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 21, para. 30.
[28] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 21, para. 31.
[29] Там само.
[30] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 21, para. 32.
[31] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 21, para. 33; Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), p. 307, para. 42.
[32] *the ICSFT.*
[33] *the ICEFRD*.
[34] *the ICSFT*.
[35] *the ICEFRD.*
[36] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 22, para. 35.
[37] Там само.
[38] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 22, para. 36.
[39] Там само.
[40] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 22, para. 39.
[41] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 22, para. 56.
[42] *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), pp. 809–810, para. 16.
[43] *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Preliminary Objections, Judgment of 13 February 2019, para. 36.
[44] Vienna Convention on the law of treaties (with annex). Concluded at Vienna on 23 May 1969. URL: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf (accessed: 10.12.2019).
[45] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 22, para. 57.
[46] United Nations, docs. A/C.6/54/SR. paras. 32–35 and 37.
[47] United Nations, doc. A/54/37.
[48] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 28, para. 57.
[49] Security Council resolution 1373 (2001) on Threats to international peace and security caused by terrorist acts. *United Nations and the rule of law*. URL: https://www.un.org/ruleoflaw/files/UN%20SC%20Res%201373%20(2001)%20E.pdf (accessed: 10.12.2019).
[50] *the ICSFT*.
[51] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 28, para. 61.
[52] *the ICSFT.*
[53] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 28, para. 62.
[54] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 29, para. 64.
[55] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 29, para. 65.
[56] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 30, para. 69.
[57] *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 133, para. 161 (далі – "*Georgia v. Russian Federation"*).
[58] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 31, para. 70.
[59] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 33, para. 80.
[60] *the ICEFRD*.
[61] *the ICEFRD.*
[62] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 37, paras. 96–97.
[63] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 39, para. 106.
[64] *Georgia v. Russian Federation*, p. 128, para. 141.
[65] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 40, para. 110.
[66] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 40, para. 110.
[67] *the ICEFRD.*
[68] *the ICEFRD.*
[69] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 41, para. 113.
[70] *Georgia v. Russian Federation*, p. 132, para. 157.
[71] Там само; *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 68, para. 150; *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, pp. 47–48, para. 87; *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 42, p. 116.
[72] *Georgia v. Russian Federation*, p. 132, para. 158.
[73] *Georgia v. Russian Federation*, p. 133, para. 161.
[74] *Georgia v. Russian Federation*, p. 133, para. 159; Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 446, paras. 58–59.
[75] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 43, para. 120.
[76] *Ukraine v. Russian Federation*, p. 44, para. 121.

Резюме

Поліванова О.М. **До питання юрисдикції Міжнародного суду ООН у спорі «Україна проти Російської Федерації».**
У статті аналізується Рішення Міжнародного суду ООН від 8 листопада 2019 р. щодо розгляду попередніх заперечень Російської Федерації у спорі щодо застосування Міжнародної конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму й Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації («Україна проти Російської Федерації»), ініційованого поданою 16 січня 2017 р. до реєстру Суду заявою України. Виходячи з того, що у Рішенні Міжнародний суд ООН підтвердив наявність юрисдикції *ratione materiae* на підставах, заявлених Україною, стаття розглядає обґрунтування Судом своєї позиції в цьому зв'язку.

Ключові слова: юрисдикція *ratione materiae*, Міжнародний суд ООН, фінансування тероризму, расова дискримінація, спір, Україна, Російська Федерація.

Резюме

Поливанова Е.Н. **К вопросу о юрисдикции Международного суда ООН в споре «Украина против Российской Федерации».**

В статье анализируется Решение Международного суда ООН от 8 ноября 2019 г. по рассмотрению предварительных возражений Российской Федерации в споре о применении Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма и Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации («Украина против Российской Федерации»), инициированном поданным 16 января 2017 г. в реестр Суда заявлением Украины. Исходя из того, что в Решении Международный суд ООН подтвердил наличие юрисдикции *ratione materiae* на основаниях, заявленных Украиной, статья рассматривает обоснования Судом своей позиции в этой связи.

Ключевые слова: юрисдикция *ratione materiae*, Международный суд ООН, финансирование терроризма, расовая дискриминация, спор, Украина, Российская Федерация.

Summary

Polivanova Olena**. On the Jurisdiction of the International Court of Justice in the Dispute "Ukraine v. The Russian Federation".**

The article examines the Judgment of the United Nations International Court of Justice of November 8, 2019, on the preliminary objections of the Russian Federation in the dispute concerning the application of the International Convention on the Suppression of the Financing of Terrorism and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination ("Ukraine v. Russian Federation"), filed to the Registry of the Court by Ukraine on January 16, 2017. Given that in its Judgment the International Court of Justice confirmed its jurisdiction *ratione materiae* on the bases invoked by Ukraine, the article considers the Court's substantiation of its position in this regard.

As to the Judgment, for the determination of the Court's jurisdiction *ratione materiae* in the dispute under art. 24.1 of the ICSFT it is crucial to clarify whether a dispute between the parties concerns the interpretation or application of the relevant Convention. Having interpreted the ICSFT provisions, the Court found that the actions of the Russian Federation contested by Ukraine fall within its scope. The Court, thus, dismissed the RF's objection to the *ratione materiae* jurisdiction under the ICSFT. As the parties had made a genuine attempt to settle the dispute and since the dispute could not be resolved by negotiations within a reasonable time, the Court stated that Ukraine had satisfied the procedural precondition for art. 24.1 of the ICSFT application.

In order to determine jurisdiction *ratione materiae* of the Court under the ICERD, it was essential for the Court to be convinced that the measures of which Ukraine complains fall within provisions of the ICERD. Considering that both parties agreed that Crimean Tatars and ethnic Ukrainians in Crimea constitute ethnic groups protected under the ICERD and based on the provisions of the ICERD interpretation, the Court found that the measures of the Russian Federation challenged by Ukraine were capable of having adverse effect on enjoyment of certain rights protected under the ICERD. These measures fall within provisions of the Convention. Therefore, the Court concluded that Ukraine's claims fall within the scope of the ICERD.

Determining whether the procedural preconditions under art. 22 of the ICERD have been met, the Court had to define whether two preconditions enshrined in the article are alternative or cumulative. By application of rules of customary international law on treaty interpretation, the Court found that art. 22 of the ICERD imposes alternative preconditions for the Court's jurisdiction. As the dispute between the parties was not referred to the Committee of the Convention, the Court examined whether the parties attempted to negotiate settlement to their dispute.

The Court found that there has been a failure of negotiations between the parties and those negotiations had become futile or deadlocked by time Ukraine filed its application to the Court under art. 22 of the Convention. Accordingly, the procedural preconditions for the Court's jurisdiction under art. 22 of the ICERD are satisfied in the circumstances of this case. As a result, the Court has jurisdiction to hear Ukraine's claims based on the ICERD.

Key words: jurisdiction *ratione materiae*, financing of terrorism, racial discrimination, International Court of Justice, dispute, Ukraine, Russian Federation.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.66
УДК 347.9

Т.А. ЦУВІНА

Тетяна Андріївна Цувіна, *кандидат юридичних наук, доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*[*]
ORCID 0000-0002-5351-1475

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Постановка проблеми. Наразі принцип верховенства права визнається основоположним, фундаментальним принципом права, тим ідеалом, до якого повинні прагнути сучасні демократичні держави. Проте, незважаючи на декількавікову історію, і досі зміст концепту верховенства права залишається вкрай нечітким. Найчастіше зазначений концепт пов'язується із такими феноменами, як демократія, права людини, розподіл влади, правова визначеність, справедливість, проте і зараз подекуди лунають думки щодо доцільності формального, суто позитивістського підходу до верховенства права як до верховенства закону. При цьому відсутність єдності підходів у тлумаченні принципу верховенства права у галузевих науках ускладнюється відсутністю єдності думок теоретиків права щодо цього феномена.

Виключне значення для утвердження уніфікованого розуміння верховенства права, безперечно, має доповідь Венеціанської комісії за демократію через право, де його елементами визнаються: 1) законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права; 2) юридична визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю; 5) дотримання прав людини; 6) заборона дискримінації та рівність перед законом[1].

Поряд із тим наразі неабиякий інтерес становить дослідження інтерпретації верховенства права у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який послідовно виводить все нові елементи зазначеного принципу при тлумаченні різних статей Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – ЄКПЛ). Тим більше, що саме тлумачення зазначеного принципу ЄСПЛ у рамках конвенційної системи здатне забезпечити його реалізацію на національному рівні та підвищити професіоналізм судової практики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню різних елементів верховенства права у практиці ЄСПЛ були присвячені праці таких вчених, як С.П. Головатий, Дж. Лайтенбах, Л. Лукайдес, А.А. Пухтецька, П.М. Рабінович, В.І. Темченко та ін. Водночас, зважаючи на динамічний характер інтерпретації положень ЄКПЛ, зазначена проблематика ще й досі залишається актуальною, хоча б з огляду на те, що у літературі відсутня єдність думок як щодо кількісного складу таких елементів, так і щодо їх переліку.

Метою статті є дослідження основних підходів, сформованих у практиці ЄСПЛ при тлумаченні різних статей ЄКПЛ, щодо змісту та основних складових принципу верховенства права.

Виклад основного матеріалу. Як зазначалося вище, у літературі наявні різні підходи до дослідження елементів принципу верховенства права у практиці ЄСПЛ. Наприклад, С.П. Головатий виокремлює 17 елементів принципу верховенства права[2], натомість П.М. Рабінович та О.М. Луців – 36 таких елементів[3]. У літературі також мали місце спроби об'єднати елементи верховенства права, що виводить ЄСПЛ у своїх рішеннях, у певні групи. Так, В.І. Темченко виокремлює чотири групи принципів концепції верховенства права: а) принципи щодо форми права; б) принципи щодо сутності права; в) принципи щодо змісту права; г) верховенство права у правосудді[4]. А.А. Пухтецька розрізняє п'ять груп рішень ЄСПЛ, що стосуються принципу верховенства права, зокрема: 1) рішення з посиланням на зміст та юридичне значення концепції та/або принципу верховенства права в узагальненому значенні; 2) рішення з вимогами щодо якості закону, в тому числі щодо законного обмеження здійснення прав і свобод людини; 3) рішення з розглядом різних аспектів доступу до суду та справедливого судового розгляду; 4) рішення зі встановленням меж дискреційних повноважень та вимоги щодо обмеження свавілля органів публічної влади відповідно до принципу верховенства права; 5) рішення з вимогами щодо ефективності контролю за реалізацією прав і основоположних свобод людини, що гарантуються Конвенцією та першочергово пов'язується з реалізацією принципу верховенства права[5].

На наш погляд, дослідження складових верховенства права у практиці ЄСПЛ має виходити із декількох засадничих положень.

По-перше, верховенство права закріплене лише у Преамбулі ЄКПЛ, відповідно до якої підкреслюється, що «уряди європейських держав, що є однодумцями і мають спільну спадщину політичних традицій, ідеалів, свободи і верховенства права», підписуючи ЄКПЛ, вдаються до «перших відповідних кроків для забезпечен-

© Т.А. Цувіна, 2019

[*] ***Tetiana Tsuvina,*** *Ph.D. in Law, Associate Professor of Yaroslav Mudryi National Law University*

ня колективного гарантування певних прав, проголошених у Загальній декларації». Зазначене з очевидністю надає фундаментального значення принципу верховенства права в контексті тлумачення конвенційних положень, адже фактично дозволяє використовувати верховенство права при тлумаченні всіх інших статей ЄКПЛ. На такому підході наголошує і сам ЄСПЛ, який неодноразово зазначав, що «верховенство права властиве всім статтям ЄКПЛ, і ним слід керуватися при її тлумаченні»[6]. Зазначене зумовлюється положеннями Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р., яка передбачає, що договір повинен тлумачитись добросовісно відповідно до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті, а також у світлі об'єкта і цілей договору. Для цілей тлумачення договору контекст охоплює, крім тексту преамбулу й додатки (ч. 1, 2 ст. 31). Так, надаючи тлумачення праву на доступ до суду ЄСПЛ у справі «*Golder v. United Kingdom*» зауважив, що «було б помилково бачити у посиланні на принцип верховенства права не більше, ніж риторику», що не становить інтересу для тлумачення ЄКПЛ. Уряди держав, що підписували ЄКПЛ, виходили із глибокої віри у верховенство права. Слідування цьому при тлумаченні термінів, що використовуються в п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, відповідає їх змісту та в світлі задач та цілей ЄКПЛ, є природним та повністю відповідає принципу добросовісності, закріпленому у п. 1 ст. 31 Віденської конвенції[7]. При цьому ЄСПЛ не надає будь-якого визначення принципу верховенства права, самостійно визначаючи, коли при тлумаченні тієї чи іншої статті необхідно звернутися до положень зазначеного принципу. Така особливість використання принципу верховенства права при тлумаченні ЄКПЛ дала змогу зробити вченим висновок про те, що верховенство права являє собою основу конвенційної системи захисту прав людини та є її «лейтмотивом»[8], що дозволяє ЄСПЛ гарантувати «не теоретичні або ілюзорні права, а їх практичне та ефективне застосування»[9].

По-друге, ЄСПЛ виходить із іманентного взаємозв'язку верховенства права та демократії, визнаючи «верховенство права одним із фундаментальних принципів демократичного суспільства»[10]. У своїх рішеннях ЄСПЛ не надає визначення поняттю демократії, проте їх аналіз дає змогу зробити висновок, що до найбільш важливих характеристик демократичного суспільства ЄСПЛ відносить плюралізм, толерантність, лібералізм, рівність, свободу та створення умов для самореалізації особистості[11]. Отже, на думку ЄСПЛ, втілення у життя засад верховенства права можливе виключно за наявності демократичного режиму. Це підтверджує й інша частина Преамбули ЄКПЛ, відповідно до якої держави-учасниці ЄКПЛ підтверджують «свою глибоку віру в ті основоположні свободи, які становлять підвалини справедливості та миру в усьому світі і які найкращим чином забезпечуються, з одного боку, завдяки дієвій політичній демократії, а з іншого боку, завдяки спільному розумінню і додержанню прав людини, від яких вони залежать». У цьому контексті варто погодитися із С.П. Головатим у тому, що демократія являє собою основоположну («фундаментальну») рису «європейського публічного порядку»[12]. Крім того, зв'язок із демократичним ладом простежується також і в окремих статтях ЄКПЛ, які передбачають можливість втручання в окремі права людини виключно за умови, якщо це «є необхідним в демократичному суспільстві» (право на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8 ЄКПЛ); право на свободу думки, совісті та релігії (ст. 9 ЄКПЛ); право на свободу вираження поглядів (ст. 10 ЄКПЛ); право на свободу зібрань та об'єднань (ст. 11 ЄКПЛ).

На наш погляд, аналіз практики ЄСПЛ допомагає виділити принаймні декілька ключових концептів, з яким пов'язується верховенство права у практиці ЄСПЛ, і навколо яких об'єднуються більш конкретні прояви принципу верховенства права. Такими концептами, або елементами верховенства права є законність, правова визначеність, справедливість судочинства та дотримання прав людини.

Законність. Законність є ключовим елементом, з яким пов'язується верховенство права у практиці ЄКПЛ. Законність у практиці ЄСПЛ загалом має значення принаймні у двох аспектах: по-перше, поняттям закону визначаються межі допустимого втручання публічної влади у здійснення гарантованих ЄКПЛ прав, відповідно до чого дискреційні повноваження органів державної влади не можуть бути безмежними, а мають визначатися законом; по-друге, поняттям закону окреслюються випадки допустимих обмежень окремих конвенційних прав. Зазначені аспекти тісно пов'язані між собою.

Перший аспект загалом базується на постулаті про те, що дискреційні повноваження органів державної влади повинні мати правову підставу та не використовуватися свавільно. Так, ЄСПЛ зазначає, що «закон має вказувати на обсяг будь-яких дискреційних повноважень компетентних органів, а також на спосіб їх здійснення з достатньою чіткістю», щоб «забезпечити особу достатнім захистом від свавільного втручання»[13]. У цьому контексті Венеціанська комісія також зазначає, що неконтрольованість виконавчої влади при здійсненні нею дискреційних повноважень суперечить верховенству права. Тому з метою захисту від свавілля акти права мають вказувати на обсяг будь-якого з дискреційних повноважень[14].

Другий аспект пов'язаний із тим, що низка статей ЄСПЛ містять пряму вказівку на те, що обмеження прав, які ними гарантуються, можливі лише у випадках, «передбачених законом» (prescribed by law) у ст. 5 та п. 2 ст. 11 ЄКПЛ, «встановлених законом» (established by law) у ст. 6 ЄКПЛ, «передбачених національним чи міжнародним правом» (prescribed by national or international law) у ст. 7 ЄКПЛ, «забезпечених законом» (provided for by the law) у ст. 1 Першого протоколу до ЄКПЛ, «відповідно до закону» (in accordance with the law) у п. 2 ст. 8 ЄКПЛ тощо. Для перевірки правомірності втручання у таких ситуаціях ЄСПЛ застосовує певний алгоритм, який передбачає відповідь на два запитання: по-перше, чи мало відповідне втручання правову підставу у національному законодавстві, тобто чи передбачене воно нормами національного законодавства; по-друге, чи відповідає таке законодавство вимогам до якості закону, що висуваються ЄСПЛ? Таким чином, стандарт перевірки правомірності обмежень прав людини передбачає два етапи, на першому перевіряється

наявність національного закону, який дозволяє певне обмеження права, натомість на другому – перевіряється якість такого закону відповідно до стандартів, розроблених ЄСПЛ.

Автономне тлумачення поняття «закон». Для відповіді на перше питання ключове значення має поняття «закон», якому надається автономне тлумачення у рамках конвенційної системи. ЄСПЛ неодноразово зазначав, що поняття «закон» не слід тлумачити формально. До змісту останнього ЄСПЛ включає як власне закони, видані парламентом, так і нормативно-правові акти загального характеру нижчого рівня, загальне право (common law), і навіть судову практику. Так, у справі «*Sunday Times v. United Kingdom*» ЄСПЛ зазначив, що якщо не розглядати обмеження, засновані на загальному праві, як «передбачені законом», виключно через те, що вони не закріплені в законодавчому акті, буде підірвана вся правова система держави-учасниці ЄКПЛ, де діє загальне право. Зазначене явно суперечить намірам авторів ЄКПЛ[15]. Крім того, у справі «*Kruslin v. France*» ЄСПЛ наголосив, що було б неправильно перебільшувати різницю між країнами загального та континентального права. Писане право відіграє важливу роль і в країнах загального права. І навпаки, судова практика традиційно посідає настілки важливе місце в континентальних державах, що цілі розділи позитивного права значною мірою є її результатом. Якщо б суд не брав до уваги судову практику, то він підірвав би правову систему континентальних держав такою ж мірою, якою рішення у справі «*Sunday Times v. United Kingdom*» повністю підірвало б правову систему Великобританії, якщо б ЄСПЛ виключив із поняття «закону» загальне право в сенсі ЄКПЛ. У сфері дії писаного права, таким чином, «законом» є чинний правовий акт у тому вигляді, як він витлумачений компетентними судовими органами в світлі нових практичних обставин[16].

Якість закону. Поряд із тим для визначення правомірності обмежень прав осіб на рівні національного правопорядку недостатньо констатувати наявність закону, яким таке втручання дозволене. Крім цього необхідно також перевірити, чи є цей закон доступним та передбачуваним, а також чи не суперечить він самій сутності принципу верховенства права. Доступність закону означає, що громадяни повинні мати можливість, що відповідає обставинам, орієнтуватися в тому, які правові норми є застосовними до даного випадку. Натомість передбачуваність закону тлумачиться ЄСПЛ таким чином, що норма не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатнім ступенем точності, що дозволяє особі співвіднести з нею свою поведінку: особа повинна мати можливість, отримавши за необхідності відповідну консультацію юриста, передбачати в розумних у світлі конкретних обставин справи межах ті наслідки, які може за собою потягнути та чи інша поведінка[17]. Щодо відповідності закону верховенству права, то зазначена вимога до якості закону тлумачиться як заборона свавільного втручання з боку органів державної влади, що вимагає встановлення законом меж дискреційних повноважень органів державної влади, про що зазначалося вище.

Правова визначеність. ЄСПЛ у своїй практиці неодноразово наголошував на тому, що одним із основних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності[18]. Зазначений принцип у практиці ЄСПЛ передбачає низку вимог, якими можна вважати наступні.

Передбачуваність застосування правових норм. У своїй практиці ЄСПЛ виходить із того, що застосування норм права має бути передбачуваним для особи і кожен має право сподіватися на те, що норми права будуть застосовані до нього так само, як вони застосовуються до інших осіб, що опинилися у подібній ситуації. Порушення цієї вимоги, як правило, пов'язується із довільним тлумаченням норм права під час правозастосування. Наприклад, порушення зазначеного аспекту було констатоване у справі «*Kravchenko v. Ukraine*»[19], де суд неправомірно обмежив право особи на доступ до суду, почавши обрахунок строку на апеляційне оскарження з дня проголошення рішення, а не з наступного за цим дня, що суперечило нормам національного законодавства та призвело до помилкового твердження про пропуск строку на апеляційне оскарження.

Заборона зворотної дії закону. ЄСПЛ прямо зауважує, що надання зворотної сили закону у судових провадженнях, яке позбавляє особу ефективних засобів захисту її прав, прямо суперечить принципу правової визначеності[20].

Принцип остаточності судових рішень res judicata. ЄСПЛ неодноразово зазначав, що правова визначеність вимагає, щоб ухвалене судами остаточне рішення не могло ставитися під сумнів[21], що відбиває повагу до принципу *res judicata*, який є принципом остаточності судових рішень. Він, зокрема, означає, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного і обов'язкового судового рішення лише з метою проведення повторного слухання і нового вирішення справи. Повноваження судів вищої інстанції щодо перегляду справ мають використовуватися для виправлення судових помилок та неправомірних судових рішень, а не для проведення нового розгляду справи. Перегляд справи не може розглядатися як замаскована апеляція, а сама лише можливість існування двох поглядів на одне питання не є підставою для повторного розгляду справи. Відхилення від цього принципу можливе лише тоді, коли воно спричинене незалежними і непереборним обставинами[22].

Єдність судової практики. Уніфікованість у застосуванні правових норм у подібних правовідносинах є невід'ємною складовою правової визначеності, яка, серед іншого, гарантує певний ступінь стабільності правової ситуації та сприяє утвердженню суспільної довіри до суду. Стійка непослідовність судової практики може спричинити стан правової невизначеності, що, вірогідно, призведе до зниження суспільної довіри до судової системи, в той час, як така довіра з очевидністю являє собою необхідний компонент держави, заснованої на верховенстві права[23].

Обов'язковість виконання судових рішень. Провідне значення з точки зору забезпечення ефективності судочинства та реалізації принципу верховенства права має вимога невідворотної реалізації судових рішень.

На зв'язку верховенства права із виконанням судових рішень неодноразово наголошував ЄСПЛ, зазначаючи, що в аспекті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ невиконання судових рішень на шкоду одній зі сторін суперечить принципу верховенства права[24].

Справедливість судочинства. ЄСПЛ завжди підкреслював той факт, що верховенство права передбачає судовий контроль за втручанням органів виконавчої влади в здійснення права особистості на свободу[25]. А у рішенні у справі «*The Sunday Times v. the United Kingdom*» ЄСПЛ підкреслив, що при розгляді скарг на порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ необхідно брати до уваги центральне місце, яке займає ст. 6 ЄКПЛ, що відбиває основоположний принцип верховенства права[26]. Зазначена група елементів верховенства права є найбільш широкою у практиці ЄСПЛ, зважаючи на те виключне значення, яке надається праву на судовий захист у механізмі захисту прав та свобод людини, а також у реалізації принципу верховенства права у демократичному суспільстві. Умовно зазначену групу гарантій можна розподілити на два види: по-перше, загальні процесуальні гарантії, з якими ЄСПЛ прямо пов'язує реалізацію принципу верховенства права, по-друге, спеціальні гарантії для кримінального провадження.

Гарантії першого виду включають у себе такі елементи права на справедливий судовий розгляд, як: доступ до суду[27]; незалежність та неупередженість суду[28]; заборона втручання законодавця у процес відправлення правосуддя[29]; принцип *res judicata*[30]; виконання судових рішень[31]. Детальний опис цих гарантій вже здійснювався нами у попередніх публікаціях у контексті розгляду права на суд у цивільному судочинстві як транспозиції верховенства права[32], тим більше, що деякі з них є одночасно елементами правової визначеності, тому вважаємо за можливе лише згадати про них, не надаючи їм детальної характеристики.

Що стосується другої групи гарантій, які застосовуються у кримінальних провадженнях, то тут окремо слід виділити такі гарантії, як: презумпція невинуватості (п. 2 ст. 6 ЄКПЛ)[33]; принципи *nullum crimen sine lege* та *nullum poene sine lege* (немає злочину та відповідальності без закону, ст. 7 ЄКПЛ)[34] у практиці ЄСПЛ; заборона катування (ст. 3 ЄКПЛ)[35]; наявність ефективних заходів із розслідування справи у випадках, коли особа загинула внаслідок застосування смертельної зброї[36].

Дотримання прав людини. Поряд із вищенаведеними елементами верховенства права, що за своєю суттю є більш формальними, варто звернути увагу і на субстантивну складову концепції верховенства права у практиці ЄСПЛ, яку становить вимога дотримання прав людини та визнання їх пріоритетності. Ключовим у цьому відношенні є той факт, що загалом принцип верховенства права у практиці ЄСПЛ інтерпретується як верховенство прав та свобод людини і громадянина, пріоритет задач їх забезпечення та захисту, що свідчить про визнання ЄСПЛ неоктройованості прав та свобод людини, відповідно до чого вони не можуть сприйматися як такі, що існують виключно з підстав надання їх державою[37]. Важливим аспектом зазначеного також є визнання ЄСПЛ у своїй практиці принципу рівності осіб та заборона дискримінації, під якою ЄСПЛ розуміє таке, що не має розумного та об'єктивного виправдання різне ставлення до осіб, що знаходяться в аналогічній ситуації[38], або ж однаковий підхід до осіб, що знаходяться в різній ситуації[39].

При цьому випадки обмежень прав людини мають відповідати принципу пропорційності, що спрямований на забезпечення розумного балансу приватних і публічних інтересів, відповідно до чого цілі обмежень прав людини повинні бути істотними, а засоби їх досягнення – обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чиї права обмежуються. Як зазначає сам ЄСПЛ, усій ЄКПЛ притаманний пошук справедливого балансу між вимогами загального інтересу суспільства і захисту особистих фундаментальних прав[40]. При цьому при дослідженні правомірності обмежень прав людини ЄСПЛ застосовується так званий тест на пропорційність, що включає в себе декілька складових, зокрема з'ясування: 1) чи передбачені обмеження прав людини, що мали місце, законом; 2) якою була мета обмеження відповідних прав; 3) чи була встановлена мета обмеження прав людини легітимною; 4) чи були застосовані обмеження співмірні із такою метою і чи не порушився при цьому баланс приватних інтересів конкретної особи та загального публічного інтересу.

Висновки. Аналіз практики ЄСПЛ допомагає зробити висновок, що ЄСПЛ у своїй практиці виводить низку елементів верховенства права, які у загальному вигляді можуть бути об'єднані навколо таких концептів, як законність, правова визначеність, справедливість судочинства, дотримання прав людини. При цьому варто зауважити, що перші три концепти загалом відбивають класичні формальні вимоги принципу верховенства права. Поряд із тим, виходячи з контексту, у якому застосовується посилання ЄКПЛ на принцип верховенства права, можна виснувати, що зазначений принцип в контексті конвенційної системи розуміється передусім як верховенство прав і свобод людини, їх пріоритетність та необхідність захисту, що відбиває субстантивну (матеріальну) складову верховенства права та свідчить про те, що концепція верховенства права у практиці ЄСПЛ є «прекрасним взірцем юридизації природноправових поглядів»[41].

---

[1] Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e

[2] Головатий С.П. Верховенство права: від доктрини до принципу. Книга друга. Київ: Вид-во «Фенікс», 2006. С. 1171–1222.

[3] Див.: Рабінович П.М. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: монографія. Львів : Сполом, 2016. С. 97–117.

[4] Темченко В.І. Верховенство права у практиці Євросуду та Конституційного Суду України. *Наукові записки НаУКМА*. 2007. Т. 64 : Юридичні науки. С. 15–20.

[5] Пухтецька А.А. Європейський адміністративний простір і принцип верховенства права : монографія. Київ: Юрид. думка, 2010. С. 111.

[6] *Amuur v. France*, no. 19776/92, par. 50, ECHR 1996-III. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57988

[7] *Golder v. United Kingdom*, no. 21 February 1975, par. 34, Series A no. 18. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496

[8] Meyer-Ladewig J. The Rule of Law in the Case-Law of the Strasburg Court. *The European Union after Lisbon.* Berlin: Springer. 2012. P. 236.

[9] *Artico v. Italy*, 13 May 1980, par. 33, Series A no. 37. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424

[10] *The Former King of Greece v. Greece*, no. 26701/94, 23 November 2000, par. 79. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59051

[11] Jacobs F.G., White R.C.A. The European Convention on Human Rights. Second Edition. Oxford, 1996. P. 307.

[12] Головатий С.П. Верховенство права: від доктрини до принципу. Книга друга. Київ: Вид-во «Фенікс». С. 1171.

[13] *Malone v. United Kingdom*, 02 August 1984, par. 68, Series A no. 82. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533

[14] Rule Of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106 Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016). URL: https://www.venice.coe.int/ webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e

[15] *The Sunday Times v. the United Kingdom*, 26 April 1979, Series A, No.30. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584

[16] *Kruslin v. France*, no. 11801/85, 24 April 1990. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5762

[17] *The Sunday Times v. the United Kingdom*, 26 April 1979, Series A no. 30. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584

[18] *Brumărescu v. Romania,* no. 28342/95, 28 October 1999. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337

[19] *Kravchenko v. Ukraine,* no. 46673/06, par. 47, 30 June 2016. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164199

[20] *Melnik v. Ukraine*, no. 72286/01, 28 March 2006. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72886

[21] *Brumărescu v. Romania,* no. 28342/95, 28 October 1999. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337

[22] *Ryabykh v. Russia*, no. 52854/99, 24 July 2003. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61261; *Driza v. Albania*, no. 33771/02, 13 November 2007. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83245

[23] *Nejdet Sahin and Perihan Sahin*, no. 13279/05, § 51, 58, 20 October 2011. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107156

[24] *Immobiliare Saffi v. Italy,* no. 22774/93, 28 July 1999. URL: http://hudoc.echr. coe.int/eng?i=001-58292.

[25] *Klass and Others v. Germany*, no. 5029/71, Series A no. 28. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510

[26] *The Sunday Times v. the United Kingdom*, 26 April 1979, Series A, No.30. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584

[27] *Golder v. United Kingdom*, no. 21 February 1975, par. 34, Series A no. 18. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496

[28] *Pullar v. United Kingdom*, 21 September 1994, par. 65, Series A no. 294-B. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57995

[29] *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 09 December 1994, par. 49, Series A no. 301-B. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57913

[30] *Brumărescu v. Romania,* no. 28342/95, 28 October 1999. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337

[31] *Immobiliare Saffi v. Italy,* no. 22774/93, 28 July 1999. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58292

[32] Див.: Цувіна Т.А. Право на суд у цивільному судочинстві: монографія. Харків: Слово, 2013. С. 44–49; Цувіна Т.А. Принцип верховенства права та право на суд у цивільному судочинстві. *Підприємництво, господарство, право*. 2011. № 12. С. 28–32.

[33] *Salabiaku v. France*, 07 October 1988, par. 25, Series A no. 141-1. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57570

[34] *S.W. v. United Kingdom*, 22 November 1995. Series A no. 335-B. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57965

[35] *Soering v. United Kingdom*, 07 July 1989, Series A no. 161. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619

[36] *Simsek and Others v. Turkey*, no. 35072/97, 26 July 2005. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69915

[37] Див.: Варламова Н. Верховенство права – базовый принцип европейской системы защиты прав человека. *Конституционное право: Восточноевропейское обозрение*. 2002. № 3(40). С. 151, 155, 160.

[38] *Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in belgium" v. Belgium* (merits), no. 1474/62, 23 July 1968, URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525

[39] *Thlimmenos v. Geece,* no. 34369/97, 06 April 2000. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561

[40] *Ocalan v. Turkey*, no. 46221/99, 12 May 2005. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69022

[41] Варламова Н. Верховенство права – базовый принцип европейской системы защиты прав человека. *Конституционное право: Восточноевропейское обозрение*. 2002. № 3(40). С. 152.

References:

Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e

Holovatyi, S.P. (2006). Verkhovenstvo prava: vid doktryny do pryntsypu. Knyha druha. Kyiv: Vyd-vo «Feniks». 1171–1222 [in Ukrainian].

Rabinovych, P.M. (2016). Pryntsyp verkhovenstva prava: problemy teorii ta praktyky: monohrafiia. Lviv : Spolom. 97–117 [in Ukrainian].

Temchenko, V.I. (2007). Verkhovenstvo prava u praktytsi Yevrosudu ta Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy. *Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky,* 64*,* 15–20 [in Ukrainian].

Pukhtetska, A.A. (2010). Yevropeiskyi administratyvnyi prostir i pryntsyp verkhovenstva prava : monohrafiia. Kyiv: Yuryd. dumka, 111 [in Ukrainian].

Amuur v. France, no. 19776/92, par. 50, ECHR 1996-III. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57988

Golder v. United Kingdom, no. 21 February 1975, par. 34, Series A no. 18. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496

Meyer-Ladewig, J. (2012). The Rule of Law in the Case-Law of the Strasburg Court. *The European Union after Lisbon.* Berlin: Springer, 236 [in English].

Artico v. Italy, 13 May 1980, par. 33, Series A no. 37. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424

The Former King of Greece v. Greece, no. 26701/94, 23 November 2000, par. 79. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59051

Jacobs, F.G., White, R.C.A. (1996). The European Convention on Human Rights. Second Edition. Oxford, 307 [in English].

Holovatyi, S.P. (2006). Verkhovenstvo prava: vid doktryny do pryntsypu. Knyha druha. Kyiv: Vyd-vo «Feniks». 1171 [in Ukrainian].

Malone v. United Kingdom, 02 August 1984, par. 68, Series A no. 82. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533

Rule Of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106 Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016). URL: https://www.venice.coe.int/ webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-e

The Sunday Times v. the United Kingdom, 26 April 1979, Series A, No.30. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584
Kruslin v. France, no. 11801/85, 24 April 1990. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5762
The Sunday Times v. the United Kingdom, 26 April 1979, Series A no. 30. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584
Brumărescu v. Romania, no. 28342/95, 28 October 1999. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337
Kravchenko v. Ukraine, no. 46673/06, par. 47, 30 June 2016. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164199
Melnik v. Ukraine, no. 72286/01, 28 March 2006. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72886
Brumărescu v. Romania, no. 28342/95, 28 October 1999. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337
Ryabykh v. Russia, no. 52854/99, 24 July 2003. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61261; *Driza v. Albania*, no. 33771/02, 13 November 2007. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83245
Nejdet Sahin and Perihan Sahin, no. 13279/05, § 51, 58, 20 October 2011. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107156
Immobiliare Saffi v. Italy, no. 22774/93, 28 July 1999. URL: http://hudoc.echr. coe.int/eng?i=001-58292
Klass and Others v. Germany, no. 5029/71, Series A no. 28. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510
The Sunday Times v. the United Kingdom, 26 April 1979, Series A, No.30. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584
Golder v. United Kingdom, no. 21 February 1975, par. 34, Series A no. 18. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496
Pullar v. United Kingdom, 21 September 1994, par. 65, Series A no. 294-B. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57995
Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, 09 December 1994, par. 49, Series A no. 301-B. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57913
Brumărescu v. Romania, no. 28342/95, 28 October 1999. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337
Immobiliare Saffi v. Italy, no. 22774/93, 28 July 1999. URL: http://hudoc.echr. coe.int/eng?i=001-58292
Tsuvina, T.A. (2013). Pravo na sud u tsyvilnomu sudochynstvi: monohrafiia. Kharkiv: Slovo. 44-49 [in Ukrainian]; Tsuvina, T.A. (2011). Pryntsyp verkhovenstva prava ta pravo na sud u tsyvilnomu sudochynstvi. *Pidpryiemnytstvo, hospodarstvo, pravo*. *12,* 28–32 [in Ukrainian].
Salabiaku v. France, 07 October 1988, par. 25, Series A no. 141-1. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57570
S. W. v. United Kingdom, 22 November 1995. Series A no. 335-B. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57965
Soering v. United Kingdom, 07 July 1989, Series A no. 161. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619
Simsek and Others v. Turkey, no. 35072/97, 26 July 2005. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69915
Varlamova, N. (2002). Verkhovenstvo prava – bazovyi pryntsyp yevropeiskoi systemy zashchyty prav cheloveka. *Konstytutsyonnoe pravo: Vostochnoevropeiskoe obozrenye*. 3(40), 151, 155, 160 [in Russian].
Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in belgium" v. Belgium (merits), no. 1474/62, 23 July 1968, URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57525
Thlimmenos v. Geece, no. 34369/97, 06 April 2000. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561
Ocalan v. Turkey, no. 46221/99, 12 May 2005. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69022
Varlamova, N. (2002). Verkhovenstvo prava – bazovyi pryntsyp yevropeiskoi systemy zashchyty prav cheloveka. *Konstytutsyonnoe pravo: Vostochnoevropeiskoe obozrenye*. 3(40), 152 [in Russian].

Резюме

Цувіна Т.А. **Принцип верховенства права у практиці Європейського суду з прав людини.**
У статті проводиться дослідження особливостей тлумачення принципу верховенства права у практиці Європейського суду з прав людини. Обґрунтовується доцільність групування окремих вимог верховенства права у практиці ЄСПЛ навколо засадничих концептів, що виступають елементами верховенства права у демократичному суспільстві. Такими елементами верховенства права у практиці ЄСПЛ визнаються законність, правова визначеність, справедливість судочинства та дотримання прав людини. При цьому зазначається, що законність, правова визначеність, справедливість судочинства за своєю суттю є формальними вимогами, а дотримання прав людини – субстантивною (матеріальною) вимогою верховенства права. Зазначене свідчить про природноправовий підхід, яким керується ЄСПЛ при тлумаченні верховенства права у своїй практиці, розуміючи його передусім як верховенство прав людини.
Ключові слова: верховенство права, законність, правова визначеність, справедливість судочинства, дотримання прав людини.

Резюме

Цувина Т.А. **Принцип верховенства права в практике Европейского суда по правам человека.**
В статье проводится исследование особенностей толкования принципа верховенства права в практике Европейского суда по правам человека. Обосновывается целесообразность группирования отдельных требований верховенства права в практике ЕСПЧ вокруг основных концептов, которые выступают элементами верховенства права в демократическом обществе. Такими элементами верховенства права в практике ЕСПЧ признаются законность, правовая определенность, справедливость судопроизводства и соблюдение прав человека. При этом отмечается, что законность, правовая определенность, справедливость судопроизводства по своей природе являются формальными требованиями, а соблюдение прав человека – субстантивным (материальным) требованием верховенства права. Указанное свидетельствует о природноправовом подходе, которым руководствуется ЕСПЧ при толковании верховенства права в своей практике, понимая его прежде всего, как верховенство прав человека.
Ключевые слова: верховенство права, законность, правовая определенность, справедливость судопроизводства, соблюдение прав человека.

Summary

Tetiana Tsuvina. **Principle of the Rule of Law in the Case-law of the European Court of Human Rights.**
The article is devoted to the interpretation of the principle of rule of law in the practice of the European Court of Human Rights. The concept of the rule of law, along with democracy and human rights makes up the three pillars of the Council of Europe and is endorsed in the Preamble to the ECHR. The Preamble to the ECHR states that the governments of European countries are like-minded

and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law. The rights most obviously connected to the rule of law include: the right of access to justice, the right to a fair trial, the legal principle that measures which impose a burden should not have retroactive effects the right to an effective remedy, anyone accused of a crime is presumed innocent until proved guilty etc.

The author concludes that there is an expediency of grouping separate requirements of the rule of law in the practice of the ECtHR around concepts, which are concluded to be elements of the rule of law in a democratic society. Such elements of the rule of law in the practice of the ECHR are recognized as legality, legal certainty, fairness of a trial and the priority of human rights.

Legality supposes that authorities need a legal basis for measures which interfere with a right of an individual, as well as quality requirement for the law such as accessibility, foreseeability and no arbitrariness. Legal certainty encompasses foreseeability in application of the law; non-retroactivity of legislation; the principle of *res judicata*; mandatory execution of court decisions and consistency of judicial practice. Fair trial requirements devoted into two groups: general requirements (access to court, independent and impartial tribunal, execution of court decisions etc.) and requirements for criminal proceedings (presumption of innocence, principle nullum crimen sine lege etc.)

It is noted that the legality, legal certainty, fairness of a trial are formal requirements of the rule of law, thus the priority of human rights is a substantive (material) requirement of the rule of law. The aforementioned testifies to the natural-legal approach that the ECHR is guided by in interpreting the rule of law in its practice, understanding it primarily as the rule of human rights.

Key words: rule of law, legality, legal certainty, fairness of a trial, priority of human rights.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.67

УДК 341.1/8

А.А. ЛИТВИНЕНКО

Анатолій Анатолійович Литвиненко, *аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка, аспірант Університету імені Роберта Гордона (Абердін, Шотландія)*[*]

ORCID: 0000-0001-7410-5292

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ЗАБУТТЯ В КОНТЕКСТІ ЗНИЩЕННЯ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ОСІБ ЩОДО ЇХНЬОЇ СУДИМОСТІ ЧИ ПІДОЗРІ В СКОЄННІ НИМИ ЗЛОЧИНІВ: ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ТА СУДІВ США

Постановка проблеми. «Право на забуття» (англ. «*right to be forgotten*), як складова права особи на приватність, має невизначений нормативний зміст. Певне рішення суду можна визначити, як дотичне до нього за ознакою того, що зацікавлена особа позивається стосовно видалення, приховання, чи знищення персональних даних[**], пов'язаних із його минулим, які потім негативно можуть позначитися на його майбутньому. На практиці, реалізація «права на забуття» є цивільним або адміністративним[***] позовом щодо: а) заборони розповсюдження даних позивача, пов'язаних з його арештом, утриманням під вартою, чи відбування позивачем покарання у місцях позбавлення волі, а також про підозру в скоєнні злочину[****]; б) отримання рішення суду на знищення цих даних, або в окремих, досить-таки нечастих випадках, повернення позивачеві цих документів[1]. Автору видається логічним, що «право на забуття» так чи інакше пов'язане з видаленням чи фізичним знищенням даних позивача, у цьому контексті – даних щодо судимості чи підозри в скоєнні злочину, тому стаття присвячена огляду сучасної практики Європейського Суду з Прав Людини (перший підрозділ), а також практики американських штатських і федеральних судів XX–XXI століття (другий підрозділ).

Огляд літератури. На жаль, ця тема не набула значного розгляду серед дослідників юриспруденції ані на теренах України, ані за кордоном. Так, американські науковці акцентували «право на забуття» лише в певному контексті, а от саме питанню утримання чи видалення даних позивача, пов'язаних з кримінальним минулим, було присвячено не надто багато наукових праць. Так, до робіт 1950-х рр. можна віднести Л. Ейзенштадта[2] та Ф. Аллена[3], 1960-х рр. – А. Гоу[4], П.Д. Петтлера та Д. Хіллмена[5]; 1970-х рр. – Б. Когона та Д. Лоугері[6], В. Кантрімена[7], Г. Лейка[8], колективу Chicago Law Review (1974 р.)[9], 1980-х рр. – М.А. Франк-

© А.А. Литвиненко, 2019

[*] ***Anatoliy Lytvynenko,*** *Postgraduate student of Ivan Franko National University of Lviv, Postgraduate student of Robert Gordon University of Aberdeen (Aberdeen, Scotland, UK)*

[**] Див. класифікацію рішень судів США щодо утримання, чи знищення таких категорій даних у справі *Doe v. Commander, Wheaton Police Department*, 273 Md. 262; 329 A.2d 35, 39–41 (1974).

[***] У США, практика якої розглянута й узагальнена в даній статті – цивільним, у країнах континентального права, наприклад, Німеччині – адміністративним.

[****] Хоча більша частина позивачів у процитованих у статті справах не відбували покарання, у федеральній справі *Utz v. Cullinane,* 520 F.2d 467, 471 і далі (1975), усі четверо позивачів вже мали судимість, хоч і за «неважкими» статтями, однак їм вдалося домогтися заборони передачі їх персональних даних до ФБР.

ліна та Д. Джонсен[10]. Натомість дане питання доволі слабко окреслене у вітчизняній юридичній науці, де автори або не поділяли «право на забуття» на категорії, або розглядали його в контексті регулювання в системі права ЄС, і у вкрай обмеженому варіанті застосування[11]. Автор статті займався дослідженням теми «права на забуття» у двох аспектах – у 2017 р., у контексті свободи слова, на основі справи зі США, *Sidis v. F-R Publishing Corp*. та кількох похідних справ у практиці судів США[12], і досліджував практику Європейського суду з прав людини з цього питання[13], а пізніше провів дослідження історії виникнення поняття «даних про судимість» у практиці судів та законодавства Франції XIX–XX ст., Швейцарії XX ст. та Німеччині XX ст., дослідивши низку справ з практики французьких судів XIX та XX ст., які могли б стати прототипами сучасного «права на забуття» у контексті права на видалення даних про судимість чи підозру в скоєнні злочину в сучасній практиці судів, зокрема і Європейського суду з прав людини[14]. Огляд багатьох історичних джерел із цього питання (XIX ст. – середина XX ст.), у тому числі французьких, проведено у іншій статті автора, що описує історичний розвиток поняття[15].

Формулювання мети статті. Метою статті є охарактеризувати право особи на знищення персональних даних щодо її судимості та винесення підозр у скоєнні нею злочину у сучасній практиці Європейського Суду з Прав Людини та практиці судів США XX–XXI століття.

Виклад основного матеріалу.

Сучасний стан практики Європейського суду з прав людини у цьому контексті «права на забуття».

Європейський суд з Прав Людини неодноразово розглядав справи, коли позивачі зверталися до суду стосовно порушення конфіденційності їхніх персональних даних чи не мали необхідного доступу них. Ці позови подавалися на підставі ст. 8 Європейської Конвенції з Прав Людини (право на приватність)[16]. Ці позови включали: утримання персональних даних[17]; спроба отримати рішення суду на відкриття даних з архівів спецслужб[18], ряд справ стосовно доступу до даних про стан здоров'я[19], банківських таємниць[20]. Аби поданий до Суду позов був віднесений до категорії «приватного та сімейного життя», Суд має підтвердити предметну юрисдикцію стосовно цього позову, як, зокрема, він її підтверджував у справі *Gaskin v. United Kingdom*[21] стосовно медичних даних, утримання даних у архівах спецслужб, як у справі *Rotaru v. Romania*[22], чи правоохоронних органів, як у справі *Khelili v. Switzerland*[23], та банківських таємниць, як у справах *B.F.B. Villa-Nova v. Portugal*[24] та *GSB v. Switzerland*[25]. Суд також має певну практику стосовно права на забуття в сфері свободи слова, найяскравішою з яких є справа *Schwabe v. Austria*[26]. Однією з перших справ, де порушувалося питання негативних наслідків утримання особових даних, стала *Leander v. Sweden*, де позивачеві відмовили у роботі сторожем у музеї ВМС; як позивач дізнався, на підставі звіту з реєстру спецслужб про його дисциплінарні порушення під час служби в армії і участь у компартії та профспілках у його молодості (хоча він ніколи не притягувався до відповідальності в рамках участі в них); позивачеві відмовили в доступі до звіту, на основі якого його не допустили до роботи. Де в чому схожою є справа *Segedstedt et al. v. Sweden*, де позивачі – громадський активіст, журналіст, інженер, президент спортклубу та учасник партії «*Vänsterpartiet*» – усі перебували під стеженням спецслужб, деякі з них – вже багато років. Попри те, що жоден із них ніколи не притягався до кримінальної відповідальності, деякі позивачі все ж мали певну причетність до комуністичної партії Швеції, а інші публікували роботи стосовно діяльності нацистів, комуністів та спецслужб. Правоохоронні органи відмовляли їм у доступі до досьє на них. Тоді Суд вирішив на користь усіх позивачів, крім одного – жінки, на яку готувався замах[27].

Справа *S. & Marper v. United Kingdom* стосується видалення персональних даних позивачів, пов'язаних з їхнім кримінальним минулим. Два позивачі (один – неповнолітній) були затримані, старший – за домагання, молодший – за спробу крадіжки; однак потім обох випустили з-під варти. Щоправда, їхні позови щодо видалення ДНК не задовольнили; апеляція до вищих британських судових інстанцій і Палати Лордів також не дала результату. Хоча суд погодився з тим, що саме по собі збирання зразків ДНК як таке не суперечить положенням ЄКПЛ. Однак, чи можна сказати, що утримання даних позивачів, ще не засуджених за скоєння злочину, суперечить їм? Суд вирішив, що ні, і визнав, що утримання зразків ДНК позивачів може зашкодити їм у подальшому житті, особливо – неповнолітньому, вирішивши на користь позивачів[28].

Практика Європейського суду також включає справу, де порушувалось питання вилучення недостовірних персональних даних у «картці судимості» – *Khelili c. Suisse* (*Khelili v. Switzerland*), де позивачці все ж вдалося домогтися знищення її даних. Позивачка, громадянка Франції, яка проживала у Швейцарії, була занесена в швейцарську поліцейську базу даних в якості повії: вона активно розміщувала візитки, в яких стверджувалося, що позивачка бажає знайомитися з чоловіками, що було розцінено правоохоронними органами Швейцарії як спосіб залучення нових клієнтів. Сама ж позивачка, неодноразово судячись з органами влади Швейцарії, стверджувала, що насправді проституцією ніколи не займалася і ця інформація не відповідала дійсності. Тим не менше, у 1993–95-х рр. їй забороняли в'їзд до Швейцарії, в 2000-х рр. на позивачку двічі скаржилися в правоохоронні органи, а в 2005 р. її було засуджено до 20-денного ув'язнення. Через рік жінку повідомили, що її професію скоригували за фахом швачки, однак згодом вона виявила, що й досі є «повією» в реєстрах. Позивачка клопотала про вилучення її даних про судимість та «проституцію», однак її запит відхилили через судимість позивачки та повторюваність погроз (власне, через які на неї скаржились в поліцію). Позивачка програла апеляцію, як і спеціально поданий «наклепницький» позов (що в подальшому стало її доведенням у суді того, що держава-відповідач не спромоглась забезпечити належного механізму захисту її прав, зокрема в суді). Наступним її кроком став позов до ЄСПЛ. Європейський суд одразу зазна-

чив, що в дійсності не існувало реальних доказів зайняття позивачкою проституцією, і її судимість 2005 р. аж ніяк про це не могла свідчити. Також Суд зауважив, що процедура вилучення даних з реєстрів даних з її «*casier judiciaire*» не була виконана правоохоронними органами належним чином (власне, позивачка акцентувала, що вилучення її даних з реєстрів було здійснено частково, і неправильні дані щодо позивачки утримувалися у реєстрах багатьох державних інстанцій, не проходячи процедури коригування), і шкода, нанесена позивачці внаслідок утримання недостовірних даних, на думку Європейського суду, була цілком очевидною, тому Суд вирішив на користь позивачки[29]. Більш детальний аналіз цих справ, включно з порівнянням з практикою швейцарських судів, проведено автором у попередній статті з цієї теми[30].

Створення урядом Франції бази даних сексуальних злочинців, введеної законом від 9 березня 2004 р. (*Loi n° 2004–204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*), що вносив поправки до КПК Франції та кількох інших нормативно-правових актів, одразу викликало цілий ряд позовів проти цієї країни від осіб, раніше засуджених за сексуальні злочини. Першою з таких стала тріада позовів: *Gardel v. France*, *B.B. v. France* та *M.B. v. France*, рішення за якими Суд виніс 17 грудня 2009 р. – при цьому позов колективним не був. Усі троє позивачів судилися з урядом Франції через те, що були внесені до бази даних «*FIJAIS*» у 2005–2006 рр. через скоєні ними сексуальні злочини у 1990-х роках. Отже, позивачі були наступними:

1. *Gardel*: позивач 1962 р.н., засуджений в 2003 р. до 15 років позбавлення волі Судом асизів департаменту Мьоз за зґвалтування неповнолітнього у 1997 році. Вирок ним не оскаржувався. У 2005 р. клопотав про призупинення дії вироку, однак суд відхилив його позов, вважаючи, що підстав для цього не було, адже з виписок щодо стану здоров'я позивача не випливало, що його стан здоров'я та прогноз тривалості життя є несумісним зі строком позбавлення волі. Рішення суду міста Кретей позивач безуспішно намагався оскаржити в Апеляційному суді м. Париж. У тому ж році позивач був внесений до *FIJAIS*. На момент подачі позову він знаходився у місцях позбавлення волі.

2. *M.B.*: позивач 1943 р.н., засуджений у 2001 р. до п'яти років ув'язнення Судом асизів департаменту Буш-дю-Рон. Вийшов із місць позбавлення волі на початку 2006 р., після чого був одразу внесений в базу даних *FIJAIS*.

3. *B.B.*: позивач 1959 р.н., засуджений у 1996 р. до 10 років позбавлення волі Судом асизів департаменту От-Гаронн за зґвалтування та сексуальні домагання до неповнолітніх. Знаходився під арештом з 1993 р., достроково вийшов з місць позбавлення волі у 2000 році. Намагався вилучити інформацію про судимість із його «*casier judiciaire*», воліючи займатися будівельним бізнесом та зареєструвати юридичну особу, безуспішно судившись в Апеляційному суді міста Тулуза. Був внесений до *FIJAIS* у серпні 2005 року.

Позов було подано позивачами на підставі ст. 7 та ст. 8 Європейської конвенції з прав людини. Усі троє позивачів наголошували на недопустимості, на їх думку, ретроактивності закону, який, за їх твердженнями, мав зворотну дію, оскільки їхні злочини були скоєні до 2004 р., тобто до того часу, коли уряд заснував базу даних «*FIJAIS*». Ще до набуття чинності закону № 2004-204, Конституційна Рада Франції в своєму рішенні 2004-492 DC від 2 березня 2004 р. підтвердила конституційність існування цієї бази, наголосивши, що внесення певної особи (як-от, позивачів у цих справах) в такий реєстр *не є, саме по собі, покаранням*, а являє собою «поліцейську міру» та не суперечить ст. 8 Декларації з прав людини і громадянина 1789 (щодо недопустимості зворотної дії закону в кримінальному праві)[31]. Стосовно можливого порушення ст. 7 ЄКПЛ, Суд зазначив, що внесення усіх позивачів до бази «*FIJAIS*», а також їхнього обов'язку щороку підтверджувати адресу проживання, та в 15-денний термін надавати інформацію про зміну місця проживання аж ніяк не є, в розумінні Конвенції, «покаранням», а лише превентивним заходом, який здійснюють правоохоронні органи відповідно до сучасних норм законодавства (конституційність секції 48 закону № 204 від 9 березня 2004 р. стосовно створення *FIJAIS,* підтвердженим рішенням Конституційної Ради Франції у рішенні № 2004-492 DC від 2 березня 2004 р.[32]) – власне, тут Європейський суд керується тією ж самою аргументацією, що й Конституційна Рада Франції*. Стосовно можливого порушення ст. 8 Конвенції Суд зазначив, що позивачів ніхто не позбавляв можливості звертатися щодо знищення даних про судимість, однак ця процедура буде здійснена вже після того, як спливе строк їх зберігання. Також, на думку Суду, строк в 30 років, враховуючи злочини, скоєні позивачами, був адекватним меті уряду Франції, який запровадив базу даних «*FIJAIS*». Суд вирішив на користь відповідача (в особі представників уряду Франції)[33].

У справі *Aycaguer v. France* (2017 р.), позивач, 1959 р.н., який проживав у комуні Оссес, судився з урядом Франції, вважаючи утримання його даних про судимість через інцидент на мітингу 2008 р. незаконним. У січні 2008 р. він відвідав мітинг, організований Баскською профспілкою фермерів разом з двома іншими організаціями, скликаний через засідання технічного комітету Асоціації використання землі та провінційного поселення (SAFER). Мітинг було скликано, аби профспілкарі мали можливість надати оцінку використанню землі під ферму, на якій працював підприємець «F.L.», який балотувався на деяку політичну посаду (в рішенні не уточнено, на яку саме), хоч більшість учасників профспілки не підтримували його. Демонстрація завершилася сутичками між демонстрантами та жандармерією, де й був заарештований позивач. Корек-

* *Conseil Constitutionnel*, Décision n° 2004–492 DC du 2 mars 2004, параграф 74: «*Мета реєстрації сексуальних злочинців в національній комп'ютеризованій базі даних згідно секції 706-47 [Кримінального процесуального Кодексу Франції] … […], є запобігання рецидиву злочину та полегшення ідентифікації злочинців. Відповідно, така реєстрація не є покаранням, а поліцейською мірою…*».

ційний Суд м. Байонна засудив його до двох місяців ув'язнення умовно за те, що позивач вдарив кількох жандармів парасолькою, хоча правоохоронці не зазнали жодних тілесних ушкоджень та не втратили працездатності. Позивач свою вину заперечував, стверджуючи, що не мав при собі парасолі, однак свідки заявили, що він при собі її мав і намагався бити нею жандармів. Проти цього рішення позивач не подавав апеляції, вважаючи, що це заспокоїть ситуацію навколо суперечки, яка стала причиною мітингу. У грудні 2008 р., за запитом прокуратури м. Байонна, поліція зобов'язала позивача надати дані ДНК до бази «*FNAEG*» на підставі ст. 706-55 та ст. 706-56 КПК Франції. Позивач категорично відмовився виконати це, через що проти нього було відкрито кримінальне провадження. Корекційний суд зобов'язав Айкагера сплатити штраф в розмірі 500 євро. Апеляційний суд м. Пау, де позивач оскаржив рішення корекційного суду, лише підтвердив рішення суду першої інстанції та зазначив, що, на відміну від позивачів у справі *S & Marper v. United Kingdom*, де обидва позивачі, громадяни Великої Британії, були підозрюваними, позивач був засудженим, що нівелювало аргумент щодо «диспропорційності втручання в особисте життя» через збір даних ДНК, як засудженого. Апеляційний Суд Пау зазначив, що його рішення не йде в розріз з практикою Конституційної Ради Франції, а саме: рішеннями 2004 р.[34] та 2010 р.[35] і паритет між охороною правопорядку та його правом на приватність дотримано, відхиливши його апеляцію. Позивач намагався аргументувати свою позицію тим, що дані ДНК вже були зняті з головного убору, і він мав право більше не надавати жодних ДНК-даних через це, однак цей аргумент теж був відхилений Апеляційним судом м. Пау. У своїй касаційній скарзі позивач заявляв, що утримання даних у базі тривалий період часу і його соціальне становище (злочинцем чи безробітним позивач ніколи не був) грубо порушує його право на приватність. Касаційний Суд Франції, однак, відхилив її, вважаючи, що Апеляційний суд м. Пау правильно виніс рішення, зваживши його обставини.

Позивач подав позов до ЄСПЛ на підставі ст. 8 Конвенції. Його позиція була наступною: база даних *FNAEG*, в якій зберігалися його дані ДНК, спершу була призначена для сексуальних злочинців, а потім була розширена на чимало інших злочинів – на думку позивача, скоєний ним злочин не підпадав під значення ст. 706-55 Кримінального процесуального кодексу Франції, оскільки перелічені там злочини були незрівнянно тяжчими. Позивач категорично не погоджувався з тим, що строк утримання його даних ДНК мав становити 40 років (хоч це й відповідало законодавству Франції), наголошуючи, що утримання відбитків пальців осіб, що скоїли значно тяжчі злочини, мало менший період часу (під цим він мав на увазі справу *Gardel v. France*, де насправді строк утримання даних становив 30 років). Відповідач зазначав, що дії правоохоронних органів не суперечать законодавству Франції, а існування та функціонування бази сексуальних злочинців – у справах *B.B. v. France*; *M. B. v. France* та *Gardel v. France* навіть сам ЄСПЛ не піддавав сумніву, а правомірність існування бази даних (де зберігалися дані позивача) цілком була підтверджена рішеннями Конституційної Ради Франції 2004 та 2010 років[36]. На аргумент позивача про те, що уряд Франції не диференціює строки зберігання даних, відповідач стверджував, що це питання незабаром буде вирішене Парламентом Франції. Що цікаво, за більш ніж сто років до позову французькі суди диференціювали строк зберігання даних у реєстрах злочинців у 10, 15 та 20 років залежно від тяжкості скоєного злочину[37], про що, зокрема, писав автор цієї статті в одній із попередніх робіт[38].

Європейський суд зазначив, що зберігання даних позивача в будь-якому випадку є втручанням в його право на приватність, однак, безперечно, це не завжди є порушенням ст. 8 Конвенції за певних умов. Суд заявив, що в існуванні електронних реєстрів злочинців нічого незаконного, звісно, немає, особливо стосовно злочинців, що скоюють злочини великої тяжкості. Однак без дотримання умов пропорційності щодо строків про адекватність такого строку утримання даних говорити доволі важко. Хоча Суд визнав, що уряд мав цілком законну мету збору даних ДНК, і дії представників правоохоронних органів відповідали нормам законодавства, але водночас заявив, що французьке законодавство не диференціювало строки утримання даних відповідно до тяжкості злочину. Суд заявив, що як підозрювані, так і вже засуджені особи мають право клопотати про знищення їх даних про судимість та підозру в скоєнні злочинів, і принцип пропорційності має застосовуватися і тут. Оскільки позивачеві не було надано можливості подати запит на знищення даних, і строк утримання їх становив все ті ж 40 років, Суд визнав систему утримання даних неадекватною. Крім того, Суд також розцінив засудження позивача до штрафу за відмову надати дані ДНК, що були б включені до бази *FNAEG*, як порушення його права на приватність, вирішивши справу на користь позивача[39].

Поняття та історія права на забуття щодо видалення персональних даних позивача, які відображають «кримінальне минуле»: деякі приклади з історичної практики судів та сучасна практика судів США.

Переважна більшість судів США до кінця 1960-х рр. схилялася до того, що процес утримання персональних даних такого характеру мусять визначати не суди, а законодавчі органи штатів США[40]. Підставою для знищення чи «приховання» даних є: 1) статут; 2) прецедент, конкретно в останньому випадку – рішення суду, як правило, вищої судової інстанції штату, іноді – апеляційної[41]. Попри те, що «приховані дані» недоступні назагал, суди мають право витребувати їх у разі необхідності, особливо, якщо мова заходить про повторний арешт[42]. Однак процесами підтверджено, що проблема знищення чи видалення персональних даних є старою, як і проблема відповідальності працівників правоохоронних органів за їх умисне, чи неумисне знищення[43].

У своїй нещодавній статті автор наводить історію розвитку поняття даних про судимість, відомих у Франції як «*casier judiciaire*» ще з кінця XVIII ст., та розглядає чимало справ із практики французьких судів[44], тому в цій статті наведемо лише один показовий процес з цієї країни, де деякою мірою відображене

право на коригування, чи вилучення даних з картки судимості. У справі *Бражо* (1875 р.) позивач, П'єр Бражо судився, аби вилучити з «casier judiciaire» інформацію щодо судимості, яку отримав не він: його брат, Сіріл Бражо, у 1868 р. був затриманий і засуджений до тримісячного ув'язнення у місті Вассі за крадіжку тачки. Сіріл надав персональні дані свого брата, П'єра. П'єр, дізнавшись про це, звернувся до суду, аби отримати рішення про вилучення недостовірних даних, однак суд першої інстанції його позов не задовільнив, заявивши, що не має предметної юрисдикції винести таке рішення. Апеляційний суд міста Діжон розглянув усі обставини, при яких був затриманий Сіріл Бражо (який, до слова, замість тюрми, був відправлений у психоневрологічний диспансер, де невдовзі помер – у 1869 р.), і визнав, що позивач має рацію, і зміг довести помилки внесення судимості до його картки за крадіжку Сірілом тачки, оскільки місце роботи та місце проживання П'єра не збігалися з поданими Сірілом. Апеляційний суд визнав, що суд першої інстанції, насправді, мав повноваження винести рішення щодо вилучення даних з картки судимості П'єра Бражо, хоча й дійсно, законодавство Франції на той час не містило жодних приписів з цього питання. Свою позицію апеляційний суд міста Діжон обґрунтував аналогією з вимогою підтвердження судом засудженої особи. У підсумку, П'єр Бражо зміг добитися вилучення неправдивих даних із «casier judiciaire»[45].

У суспільстві зразка кінця XIX ст. злочинцеві вкрай рідко вдавалося уникати публічності, що відображалося і в судових процесах. Так, у бельгійській справі *Peltzer c. Castan* донька вбивці Арманда Пельцера подала позов проти директора музею воскових фігур «*Musee Castan*» М. Кастана, який влаштував виставку «*chamber criminelle*» у м. Брюссель, на якій знаходився манекен, що був імперсонацією вбивці. Суд першої інстанції не задовольнив її вимогу заборонити виставку, позивачка подала апеляцію. М. Кастан аргументував позицію зреченням позивачки свого батька, фактом того, що виставка відбувалася протягом кількох років до цього позову, намаганням привернути увагу до особи А. Пельцера, а також правом «провадити власну промисловість і бізнес». Апеляційний суд Брюсселю відкинув позицію відповідача, зазначивши, що позивачка діяла як спадкоємець свого батька, будь живим та вільним сам А. Пельцер, він би не дозволив виставки, діючи принаймні в інтересах рідних; М. Кастан імперсонував ім'я та зовнішність Арманда Пельцера, у той час, як права на ім'я та зовнішність захищалися законом у Бельгії, намагання ж М. Кастана привернути увагу до особи Пельцера, могло б оправдати його перед А. Пельцером, будь він позивачем, але не перед донькою, гідності якої, на думку суду, виставка завдала більшої шкоди, аніж злочинцеві*; апеляційний суд м. Брюссель задовольнив позовну вимогу позивачки і постановив припинити виставку протягом восьми днів[46]. Ряд дослідників вважає цю справу одним із прототипів права на приватність[47]. Показовою є і справа Рейхсгеріхту 1927 р. (Верховного Суду Німеччини в 1879–1951 рр.), де 44-річний підприємець подав позов на агентство кредитних історій за розголошення фактів його минулого: так, у молоді роки, позивач відбував покарання за незаконне збагачення та махінації, хоч і вийшов по амністії менш ніж через рік після ув'язнення. Суд задовольнив вимогу на підставі «порушення добрих засад моралі»[48], що є, вочевидь, доволі близьким до делікту «*mental anguish*» чи «*outrage*» в ряді штатів США.

Практика судів США у справах стосовно знищення персональних даних, що пов'язані з кримінальним минулим позивача, є доволі значною. Її розвиток багато в чому завдячує появі системі збору даних А. Бертіліона, яка набула поширення в Штатах у 1890-х роках[49]. У ті часи «галереї злодіїв» були в моді, що призводило до позовів щодо надсилання фотографій та інших даних позивачів, підозрюваних у злочинах, ще не засуджених, до цих «галерей», нерідко – між містами[50], в деяких випадках – за кордон[51] (Цікаво, що в справі *Bartletta v. McFeeley* 1930 р. Канцлерський Суд штату Нью-Джерсі згадує, що подібна процедура обміну персональними даними у штаті існує півстоліття, себто орієнтовно з 1880 р.[52]). Неодноразово позивачам вдавалося виграти «*injunction action*» (позов щодо заборони)** на підставі делікту «*privacy invasion*» за розповсюдження їх даних в «*галереях злодіїв*»[53]. Однак це зовсім не те, що домогтися знищення даних, хоча існували й такі позови. Отже, розглянемо кілька показових справ. Так, у справі *Owen v. Partridge*, позивача заарештували на пірсі пароплаву, який прибув з Європи, підозрюючи його в шахрайстві, однак підозру зняли. Коли позивач звернувся до поліції щодо знищення даних, зібраних у відділку по системі Бертіліона, то офіцер пообіцяв знищити ці дані, однак не зробив цього, згодом мотивувавши це тим, що позивач славився шулерством. Позивач, не знаючи того, що його прохання не виконане, не переймався цим, поки не довідався, що його фото розмістили в «галереї злодіїв». Служба безпеки корабля повідомила місцеве детективне агентство, що позивач зі своїм другом ошукав пасажира у грі в карти, а після виявлення цього факту заява позивача вже не дала результату. Позивач звернувся до суду задля отримання рішення щодо знищення даних, однак отри-

---

* *Peltzer c. Castan*, Cour d'Appel de Bruxelles, 26 Nov. 1888, Sirey 1891 IV 35, 36: Нижче можна навести кілька вибірок із рішення суду: «*Свобода комерції та промисловості, як ми востаннє казали […] – Я відповім, що гідність не перебуває в сфері бізнесу, та якщо перетинаються інтереси організатора спектаклю, та шкода, завдана молодій дівчині, правосуддя не може не реагувати*»; «*Попри напруженість громадських дебатів та болючість ув'язнення, він [Кастан] повинен був передбачити ганьбу, яку спричинить виставка, його імені та його дітям, обрікаючи їх на довічний публічний осуд…*» (авторський переклад з французької, с. 36). Справа також згадана в попередній роботі автора з питання вилучення даних про судимість та підозри в злочинах, див. Литвиненко А.А. Реалізація права на забуття через знищення даних про судимість та підозру в скоєнні злочину: практика судів деяких країн континентальної Європи та сучасна практика ЄСПЛ, 2018 (Вип. 1) Правові Системи (Legal Systems) 361, 375.

** В англосаксонському праві, «*injunction action*» – позов щодо заборони вчинення певної дії, чи заборони продовження вчинення певної дії відповідачем.

мав відмову, як і щодо решти його позовних вимог, включаючи порушення права на приватність, яке тоді не визнавалося окремим деліктом. Зняття відбитків пальців та інших персональних даних суд визнав законним, адже, на його думку, правоохоронні органи цілком мали підстави підозрювати позивача у злочинах[54]. В іншій справі, *Hodgeman v. Olsen*, колишній ув'язнений судився з директором колонії, в якій перебував протягом двох років за шахрайство. Після його звільнення дані зберігалися, і позивач волів отримати ордер на їх знищення. Суд зауважив, що: 1) збирання даних не суперечить законодавству і прецедентній практиці; 2) не існувало такого статуту, на підставі якого суд міг би надати рішення на знищення його даних (хоча доволі прозаїчний регламент щодо збирання та утримання даних існував)[55].

На практиці до кінця 1960-х рр., як правило, максимум, чого міг досягти позивач – виграти позов щодо заборони розповсюдження інформації про нього в «*галереї злодіїв*»[56], або розповсюдження відбитків пальців чи даних з «*arrest records*»[57], однак добитися ордеру знищення даних не видавалися за можливе: суди розмежовували розповсюдження та утримання цих даних, і якщо першого можна було досягнути на основі делікту щодо втручання в особисте життя, то в останньому випадку суди посилалися на відсутність процедури, встановленої законодавством штату, і не задовольняли позов[58]. У деяких справах відмова надати ордер на знищення пояснювалася судами тим, що збір та утримання даних необхідні правоохоронним органам для ідентифікації злодіїв та боротьби зі злочинністю[59]. Ряд судів з інших штатів США не задовольняли позови через відсутність предметної юрисдикції, з чим не погоджувались суди кількох штатів США на початку і в середині 1970-х років[60]. Інколи позивачам вдавалося отримати рішення на знищення своїх даних на підставі спеціального статуту, які, зокрема, були прийняті у 1930-х рр. в Іллінойсі, Алабамі, Пенсильванії та Нью-Йорку[61]. Застосування цих статутів знайшло відображення у справах *Troilo*[62] та *Poyer*[63] у 1940–1950-х роках. Іноді американські суди «обходили» питання щодо того, чи мають федеральні або штатські суди повноваження дати рішення на знищення даних, постановляючи, що «приховання» даних є достатнім[64]. Все ж у декількох справах позивачі змогли добитися свого. Так, у справі *Eddy v Moore*, позивачка, заарештована за напад, однак звільнена з-під арешту, вимагала повернути дані щодо арешту їй, базуючи позов на делікті «privacy invasion». Суд визнав, що в декількох справах раніше позивачі вигравали справу на підставі цього делікту, проте насправді вони судились через *розповсюдження* даних, а не їх *утримання*. Враховуючи, що склад делікту «privacy invasion» не включав у себе утримання даних, суд вирішив, що позов слід розглядати з точки зору права на приватність, як конституційного права позивача; продовжуючи, суд зазначив, що цінність збору персональних даних може визначатися: 1) фактом скоєння злочину; 2) потенційною можливістю скоєння ним інших злочинів, що нівелюється фактом звільнення позивача. Суд також зазначив, що відповідач не зміг обґрунтувати необхідність подальшого утримання даних і дав ордер повернути фолдер позивачеві[65]. У справі *Davidson v. Dill* позивачку заарештували за бродяжництво, тому вона судилася за знищення чи повернення даних до неї. Суд зауважив, що загалом, американську практику до 1970-х рр. на цю тему можна розділити на три категорії: 1) обмеження розповсюдження даних у «галереях злодіїв»; 2) рішення суду щодо знищення даних через безпідставний арешт; 3) рішення щодо знищення чи повернення позивачу фолдеру з даними, якщо суд розцінить, що потенційні негативні наслідки для позивача переважать над «суспільним інтересом» зберігати дані, пославшись на справу *Eddy v. Moore*. Відповідач обстоював свою позицію тим, що законодавства в Колорадо щодо знищення даних не існувало. Суд зазначив, що без розгляду фактів того, яким є режим збереження даних, доволі важко визначити, чи слід їх знищувати, однак скасував рішення нижчестоящого суду[66]. У справі *Doe* (таким є позначення позивача у т.зв. «анонімних» справах, як правило, в США) зі штату Меріленд, позивач, юрист із Джорджтауна, був заарештований за «скоєння неприродного та збоченого статевого акту», однак пізніше був відпущений, позивався щодо видалення своїх особових даних, заявляючи, що існування таких даних сильно зашкодить йому у кар'єрі. Відповідачі базували свою позицію на тому, що суд не має предметної юрисдикції щодо таких справ, що підтвердив суд першої інстанції. Суд зазначив, що практика американських судів є дійсно доволі неоднорідною в підході до аналогічних справ; розглядаючи питання предметної юрисдикції, суд дійшов висновку, що не міг би втрутитися, якби законодавство містило певні положення щодо знищення даних, однак таких не було, тому суд визнав свою предметну юрисдикцію щодо справи, зазначивши, що якщо статутний механізм захисту прав відсутній, то це не означає, що «*court of equity*» не має предметної юрисдикції до даної справи, чи не може застосувати властиві англосаксонському праву механізми задоволення позову. Тому Апеляційний Суд штату Меріленд скасував рішення нижчестоящого суду[67]. Цікаво, що Суд в справах сім'ї округу Нью-Йорк у справі Сміта і Васкеза (1971 р.) постановив, що не тільки суд загальної юрисдикції володіє предметною юрисдикцію виносити рішення щодо знищення персональних даних неповнолітніх осіб стосовно їх кримінального минулого, а й Суд у справах сім'ї[68].

У кінці 1960-х рр. серйозною проблемою стала практика відправлення персональних даних позивачів, заарештованих за підозрою в злочині до ФБР, що породило ряд гучних процесів, де позивачі вимагали знищити персональні дані або обмежити їх розповсюдження[69]. У справі *Menard v. Mitchell* 19-річного позивача заарештували за підозрою у квартирній крадіжці, однак за кілька днів відпустили за відсутністю доказів причетності до злочину; поліція Каліфорнії направила його персональні дані до ФБР. Позивач посилався на ряд порушених конституційних прав, зокрема і права на приватність; суд визнав, що система розсилки даних мала серйозні недоліки, оскільки вони розсилалися фактично в будь-які державні інституції, а за халатне поводження з даними не існувало (на 1971 р.) жодних санкцій. Нерідко ці дані містили неточності, що означало очевидну неефективність системи збору даних. Суд постановив, що не надасть ордеру на знищення

даних, адже, щонайперше, позивач мусив би звернутися до судів штатської юрисдикції, і постановив, що обмежить їх розповсюдження, скоротивши його до правоохоронних органів та федеральних органів влади, на випадок, якщо той волів би працевлаштуватись там[70]. Вищезгадана справа серйозно вплинула на подальші судові рішення щодо розповсюдження даних, зокрема, в справі *Utz v. Cullinane* позивачі, подавши колективний позов з вимогою не допустити передачу їхніх даних до ФБР, були усі раніше судимі, не вимагали знищення даних, а обмеження їх розповсюдження. Окружний федеральний суд штату Вашингтон визнав, що небезпека стосовно отримання належної освіти, працевлаштування, отримання ліцензії (скажімо, адвоката) в силу збереження даних є високою та постановив, що передача даних до ФБР не підпадала під нормативний зміст «*Duncan Ordinance*» і задовільнив їх позовну вимогу[71]. У ще одній справі 1970-х рр., *Sullivan v. Murphy*, усі позивачі були раніше заарештовані за участь у демонстрації «May Day», однак згодом відпущені. Поліція штату Вашингтон направила їх дані до ФБР та ще ряду правоохоронних органів. Суд заявив, що федеральні суди володіють предметною юрисдикцією щодо справ, у яких порушуються конституційні права позивача (у даному випадку – Четверта Поправка до Конституції США) і постановив знищити їхні дані[72]. За аналогією з даними щодо кримінального минулого в кінці 1960-х рр. з'явилися позови щодо знищення персональних даних з приводу службових розслідувань*.

Як саме може зашкодити позивачеві утримання даних, які пов'язані з його судимістю, чи винесення йому підозри в скоєнні злочину, навіть якщо допустити, що дана інформація не надходить до агентств кредитних історій чи до роботодавців[73]? Як науковці, так і самі суди визнавали, що правоохоронні органи насправді передають ці дані до органів місцевої влади, банків, лікарень, кредитних бюро, армії[74] та інших інституцій, що призводитиме до неможливості працевлаштування позивача[75]. Між іншим, у справі *S & Marper v. United Kingdom* Європейський суд висловив диктум щодо негативних наслідків утримання ДНК позивачів, однак не уточнив, якими саме вони можуть бути[76].

Нижче автор наводить варіанти негативних наслідків для позивача на основі судової практики з США:

– позивач втрачає роботу, або не може влаштуватися на роботу, чи збереження даних може позначитися на майбутньому працевлаштуванні, що є актуальним у справах щодо неповнолітніх[77] (справи *Cissel v. Bronston*[78]; *In re Smith*[79]; *Menard v. Mitchell*[80]). Певною мірою, сюди можна віднести справу ЄСПЛ *Leander v. Sweden* (1987), адже позивач не зміг влаштуватися на роботу через дисциплінарні порушення під час служби в армії, хоча йшлося про *утримання* даних, а не їх знищення. Ще на початку 1970-х рр. громадяни США судилися з колишніми роботодавцями за відмову у працевлаштуванні на підставі наявності «*arrest record*»[81];

– може завадити особі отримати ліцензію адвоката чи державного службовця, (див. *Schware v. Board of Bar Examiners*[82]); нерідко не саме кримінальне минуле, а участь в «підозрілих» організаціях чи страйках** може стати причиною для цього ж (*Baird v. State Bar of Arizona*[83], за практикою ЄСПЛ, у справі *Segedsted-Wiberg, Nyberg et. al. v. Sweden*, для цього цілком вистачало й публікацій на тему організацій «правого» чи «лівого» толку[84]***);

– може не дозволити позивачеві брати участь в суді присяжних (наприклад, справа *Losavio v. Mayber*[85]);

– може спричинити упередження органів правосуддя при повторному арешті: при повторному арешті суд не обмежений розглядати дані щодо попередніх арештів обвинуваченого****.

Деякі автори 1970-х рр. схилялися до думки, що реалізація права на забуття у вигляді знищення персональних даних є чистою утопією, вважаючи, що значно легше буде домогтися в суді «приховання» даних, аніж знищення[86]. Хоча низка справ 1970-х рр. показала, що деякі американські суди не вважають знищення даних утопією. Нижче автором наведено варіанти рішень судів відповідно до практики судів США штатської та федеральної юрисдикції:

– відмова в винесенні такого рішення через відсутність статуту, відсутності предметної юрисдикції (справи *Sterling v. City of Oakland*; *Herschel v. Dyra*, тощо);

– суд виносить рішення в обмеженні передачі даних позивача, однак відмовляє йому в знищенні їх (власне, як у справах початку 20 ст., так і в справах 1970х рр., як *Menard v. Mitchell*);

---

* Так, наприклад, у справі *Finley v. Frampton* кадровик з Federal Housing Administration був відсторонений з посади через його зв'язки з друзями, буцімто гомосексуалістами. Суд відмовився давати рішення на знищення даних, вважаючи, що позивач не продемонстрував завданої шкоди, а потенційна є гіпотетичною, справа *Finley v. Frampton*, 473 F.2d 180, 185-189 (1972). А от морський піхотинець, який отримав у службовому досьє «disloyal», і не міг працевлаштуватися, виграв позов у секретаря ВМС; суд постановив знищити дані стосовно нелояльності позивача, справа *Newell v. Ignatius*, 407 F.2d 715 (1969).

** Див. справу *Schware v. Board of Bar Examiners*, 353 U.S. 232 (1957). Позивачеві відмовили у здачі іспиту для отримання ліцензії адвоката через ряд арештів у 1930-х рр. під час участі у страйках за підозрою в синдикалізмі. Сам позивач не відбував покарання, будучи кожного разу звільненим з-під арешту. Верховний Суд США ухвалив рішення скасувати рішення нижчестоящого суду, вважаючи факти з життя позивача цілком безпідставними для того, аби визнати його непридатним для того, щоб працювати на посаді адвоката (див. ст. 246–247).

*** Як автором вже зазначалося вище, у справі ЄСПЛ *Segedsted-Wiberg, et al. v. Sweden*, [2006] ECHR 697, публікації одного із позивачів щодо діяльності нацистів, комуністів та спецслужб обернулися для нього стеженням з боку самих спецслужб.

**** Див. справу *Schware v. Board of Bar Examiners*, 353 U.S. 232 (1957). Позивачеві відмовили у здачі іспиту для отримання ліцензії адвоката через ряд арештів у 1930-х рр. під час участі у страйках за підозрою в синдикалізмі. Сам позивач не відбував покарання, будучи кожного разу звільненим з-під арешту. Верховний Суд США ухвалив рішення скасувати рішення нижчестоящого суду, вважаючи факти з життя позивача цілком безпідставними для того, аби визнати його непридатним для того, щоб працювати на посаді адвоката (див. ст. 246–247).

– дані щодо затримання неповнолітніх, як правило, не знищуються, однак вони не знаходяться в публічному доступі (див., наприклад, *In Interest of E.C.*[87]); суди деяких штатів, наприклад, Нью-Йорку на початку 1970-х рр. надавали рішення щодо фактичного знищення даних неповнолітніх, якщо доказів у скоєнні ними злочинів не було. Притому, що фолдер залишався, однак імена та прізвища усіх позивачів та їхніх родичів усувалися з документів суду та офісів поліції, де вони зберігалися[88];

– суд може винести рішення на знищення даних, якщо арешт безпідставний, або ж здійснювався з метою залякування (див. справу *Sullivan v. Murphy*[89], а також коментар суду у справі *Doe*[90]);

– за відсутності спеціального статуту суд може визнати предметну юрисдикцію та винести рішення стосовно знищення даних позивача на підставі порушення конституційного права на недоторканність особистого життя (див. згадані вище справи 1970-х р.р., *Eddy v. Moore*; *Doe v. Commander, Wheaton Police Department*);

– суд міг постановити повернути позивачеві фолдер з усіма чи деякими їхніми даними (наприклад, відбитки пальців, фотографії); успіх позову, як правило, залежав від тяжкості скоєного злочину, див., наприклад, *People v. Casella*[91].

Висновки. Прецедентна практика США у більшості випадків засвідчує, що реалізація права на забуття в контексті видалення, приховання чи обмеження розповсюдження персональних даних в останні кілька десятиліть можлива, і нерідко позивачам вдається домогтися вилучення даних стосовно своєї судимості чи винесення їм підозри в скоєнні злочину. Згадані у статті процеси також свідчать, що: 1) проблема реалізації «права на забуття» далеко не нова, і негативні наслідки щодо розповсюдження даних є не гіпотетичними, а цілком реальними, що підтверджено десятками позовів; 2) це «право на забуття» вкрай нелогічно ототожнювати виключно з Інтернетом, адже проблема виникла задовго до його появи, і розповсюдження даних у паперовій формі завдавало позивачам не менше шкоди, аніж би воно існувало в електронній; 3) процедури утримання та знищення персональних даних відомі (принаймні в США) понад 120 років, і пошкодження документів тягло за собою відповідальність тих, хто уповноважений був опікуватися ними; підтвердження цьому існують не в історичних довідках, а у судових процесах; 4) практика судів США є доволі-таки неоднорідною в питанні знищенні особових даних, що часто залежить або від законодавчих актів, або від існуючої прецедентної практики у окремому штаті; у федеральних справах (на кшталт *Menard v. Mitchell*), суди, як правило, надавали рішення обмежувати циркуляцію даних до федеральних правоохоронних органів; 5) деякі американські суди схилялися до позиції, що мають повноваження надавати рішення щодо знищення даних задля захисту конституційних прав позивача; 6) суди визнавали проблематику поширення персональних даних до органів влади, банків, кредитних установ та загалом багатьох інституцій, що тягло за собою не один десяток позовів*. Існуюча практика Європейського Суду з Прав Людини лише підтверджує актуальність даної проблеми. У своїх рішеннях, ЄСПЛ неодноразово намагався знайти баланс між тяжкістю скоєного позивачем злочину (якщо такий був скоєний) та строками утримання його персональних даних, аби на підставі цього дати оцінку, наскільки адекватною є «превентивна міра» щодо утримання даних позивача у національних базах даних злочинців протягом декількох десятиліть. Саме тому, Суд був схильний вважати, що в силу суспільної небезпеки злочинів, скоєних позивачами у справах *B. B. v. France*; *M. B. v. France* та *Gardel v. France* (усі їх злочини були сексуальними), така міра була цілком адекватною. Натомість, у справі *Aycaguer v. France* (2017), де позивач вчинив хуліганство, Суд вирішив, що сорокарічний строк утримання його даних із моменту вступу вироку в силу не є адекватним суспільній небезпеці злочину і вирішив на користь позивача.

Отже, підсумовуючи, можна констатувати, що «право на забуття» в контексті знищення чи видалення особових даних є цілком логічною категорією цього поняття, оскільки має під собою не гіпотетичні підстави для існування, а базується на реальних судових процесах, включно з практикою Європейського суду з прав людини. До того ж, на основі численних американських процесів цілком можна зробити висновок, що ототожнення «права на забуття» виключно з інтернетом є, м'яко кажучи, не надто переконливим.

---

[1] *Davidson v. Dill*, 503 P.2d 157, 161–163 (1972).

[2] Lester Eisenstadt, *The Right of Persons Who Have Been Discharged or Acquitted of Criminal Charges to Compel the Return of Fingerprints, Photographs and other Police Records*, 27 Temp. L. Rev. 441 (1954).

[3] Francis A. Allen, *Criminal Justice, Legal Values and the Rehabilitative Ideal*, 50 Journ. L. Crim. & P.S. 226, 229 (1959).

[4] Aidan R. Gough, *The Expungement of Adjudication Records of Juvenile and Adult Offenders*: A Problem of Status, 1966 Wash. U. L. Rev. 147 (1966).

[5] Peter D. Pettler, Dale Hillmen, *Criminal Records of Arrest and Conviction: Expungement from the General Public Access*, 3 Calif. W. L. Rev. 121, 126–128 (1967).

[6] Bernard Cogon, Donald L. Loughery, *Sealing and Expungement of Criminal Records: The Big Lie*, 61 Journ. of Crim. Law & Criminology 378, 380–384 (1970).

[7] Vern Countryman, *The Diminishing Right of Privacy: The Personal Dossier and the Computer*, 49 Tex. L. Rev. 837 (1971).

---

* Зокрема, у справі *Menard v. Mitchell*, 328 F. Supp. 718, 721–722 (1971), згадується, що вже на початку 1970-х рр. ФБР володіло понад двома мільйонами зразків відбитків пальців, а робота з персональними даними була досить трудомісткою, тому в FBI Identification Division станом на 1971 р. було задіяно близько 3300 працівників. У справі *Davidson v. Dill*, Colo., 503 P.2d. 157, 159 (1972) згадується, що кількість заарештованих за 1969 р. становила понад 5 млн осіб. Обробка такої кількості персональних даних вимагала створення «центрів даних правоохоронних органів» у 1960-х роках.

[8] Gregory Lake, *Expungement or Restriction of Arrest Records*, 23 Clev. St. L. Rev. 123 (1974).

[9] Comment, *Retention and Dissemination of Arrest Records*, 38 *Univ. Chicago L. Rev.* 850 (1974).

[10] Mark A. Franklin, Diane Johnson, Expunging Criminal Records, Concealment and Dishonesty in an Open Society, 9 Hosfra L. Rev. 733 (1981).

[11] Див.: Сухорольський П. Право бути забутим у правовій системі Європейського Союзу: реалії, проблеми та перспективи. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2016. С. 90–101; Єсімов С. Персональні дані як предмет захисту права на недоторканність приватного життя. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Львів. 2017. С. 120–126.

[12] Anatoliy A. Lytvynenko, *The Role of Sidis v. F-R Publishing Co. case in the Formation of The Right to be Forgotten*, 105 Teise 188–211 (2017).

[13] Anatoliy A. Lytvynenko, The Case Law of "Right to Be Forgotten": Approaches of the United States Courts and the European Court of Human Rights", 8.3 Science Review 25 (2018).

[14] Литвиненко А. А. Реалізація права на забуття через знищення даних про судимість та підозру в скоєнні злочину: практика судів деяких країн континентальної Європи та сучасна практика ЄСПЛ, 2018 (Вип. 1) Правові системи (Legal Systems) 361, 364–375.

[15] Там само. Ст. 363 і далі.

[16] Anatoliy A. Lytvynenko. *Common law right to access to medical records: the commonwealth and European Court of Human Rights practice*, 7th International Conference of PhD Students and Young Researchers "Law 2.0: new methods, new laws", 25–26 April 2019: збірник праць за матеріалами конференції 2019 р. «*7th International Conference of PhD Students and Young Researchers*» (м. Вільнюс, Литва). Ст. 196–206.

[17] *Leander v. Sweden* [1987] 9 E.H.R.R. 433 (тут і далі – справа *Leander*).

[18] *Szulc v. Poland*, [2013] 57 E.H.R.R. 5, 163-167 (*обставини справи на вказаних у посиланні сторінках*).

[19] Див., наприклад: *Odievre v. France*, [2003] F.C.R. 621.

[20] *M.N. and Others v. San-Marino*, [2015] ECHR 661, App. No. 28005/12, Judgment of 7 July 2015, параграфи 7–11; 12–16; 17–19; 27–31; 51–54; 74–85; 91–95; *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova v. Portugal*, [2015] ECHR 1049, App. No. 69436/10, Judgment of 1 December 2015, параграфи 5–17; 23–28; 29–31; 38; 41; 46–59 (тут і далі – справа B.F.B).; *G.S.B. v. Switzerland*, [2015] ECHR 1122, App. No. 28601/11, Judgment of 22 December 2015, 8–18, 19–23, 25, 57–67, 68–79, 85–88, 93–96, 98; (тут і далі – справа G.S.B.) *Sommer v. Germany*, [2017] ECHR 383, App. No. 73607/12, Judgment of 27 April 2017, параграфи 6–9; 11–20; 36–44; 50–54; 57–63.

[21] *Gaskin v. United Kindgom*, [1989] 12 E.H.R.R. 36.

[22] Див.: *Rotaru v. Romania*, [2000] ECHR 92, параграф 43.

[23] Див.: *Khehili v. Switzerland*, [2011] ECHR 195, параграф 15 et seq. (опубліковано під назвою *Affaire Khelili c. Suisse* французькою мовою; тут і далі – справа Khelili).

[24] *Справа B.F.B.*, параграфи 46–59.

[25] *Справа G.S.B.*, параграфи 75–98.

[26] *Schwabe v. Austria* [1992] 13704/88 (тут і далі – справа *Schwabe*).

[27] *Segedsted-Wiberg, et al. v. Sweden*, [2006] ECHR 697, параграфи 81–91 (тут і далі – справа *Segedsted*).

[28] *S & Marper v. United Kingdom*, [2008] ECHR 512, параграфи 87–126 відповідно (тут і далі – *справа Marper*).

[29] *Справа Khelili*, параграфи 63–67.

[30] Литвиненко А. А. Реалізація права на забуття через знищення даних про судимість та підозру в скоєнні злочину: практика судів деяких країн континентальної Європи та сучасна практика ЄСПЛ, 2018 (Вип. 1) Правові системи (Legal Systems) 361, 377–381.

[31] *Conseil Constitutionnel*, Décision n° 2004–492 DC du 2 mars 2004, параграфи 72–74 (тут і далі – рішення Conseil Constitutionell 2004 р.).

[32] *Рішення Conseil Constitutionell 2004p*, параграфи 72–95.

[33] *B.B. v. France* [2005] 5335/06, *Gardel v. France* [2009] ECHR 16428/05; *M.B. v. France* [2009] ECHR 22115/06, різні.

[34] *Рішення Conseil Constitutionel 2004 p*, параграфи 72–95.

[35] *Conseil Constitutionnel*, Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, параграфи 12–20 (тут і далі – рішення Conseil Constitutionel 2010 р.).

[36] Рішення Conseil Constitutionel 2004 р., параграф 74; рішення Conseil Constitutionel 2010 р., параграфи 18–20.

[37] Див. справу *X c. Hermant*, Cour de Cass., 26 mars 1902, Civ. Rej., Dall. Per. 1904 I 607, 608.

[38] Литвиненко А.А. Вказана праця. С. 369–370.

[39] *Aycaguer v. France*, [2017] ECHR 587, App. No. 8806/12, параграфи 5–13; 22–47.

[40] Див. справу: *Davidson v. Dill*, Colo., 503 P.2d. 157, 160 (1972) та справи з практики судів США, процитовані в ній (тут і далі – справа *Davidson*).

[41] Див. справу: *In Interest of E.C.,* 130 Wis. 2d 376, 381–383 (1986).

[42] *State v. Dainard*, 85 Wash. 2d 624, 627 (1975).

[43] Див. коментар на цю тему у справі *Loder v. Municipal Court for San Diego etc*., 553 P. 2d 624, 627 (1976).

[44] Литвиненко А.А. Вказана праця. С. 364–371.

[45] *Brajeux*, Cour d'Appel Dijon, 31 Mars. 1875, Dall. Per. 1875 II 32; Sirey 1877 II 140, 141.

[46] *Peltzer c. Castan*, Cour d'Appel de Bruxelles, 26 Nov. 1888, Pas. 1889 II 94, 1889 Jour. de Tribunaux 1889.18, 19–21; 25–27; Sirey 1891 IV 35, 35–37.

[47] Hugo Vanderberghe, Bescherming van het prive – leven en recht op informative vie de massmedia, 31 Rechtskundig Weekblad 1458, 1467–1468 (1970); J. Matthijs, Privacy, Paleis der Academien – Hertogsstraat I, Brussel (1978). C. 21.

[48] *Reichsgericht*, Urteil vom 13 Januar 1927, Az.: IV 489/26, параграфи 4–5; ERG Bd. 115, 416. С. 417–419 (1927).

[49] Див. справу *Bruns v. Clausmeier*, 154 Ind. 599, 602–605 (1900).

[50] *Bartletta v. McFeeley*, 107 N.J. Eq. 141, 144 (1930) (далі – справа *Bartletta*).

[51] *McGovern v. Van Riper*, 137 N.J. Eq. 24, 26; 31–32 (1945).

[52] *Справа Bartletta. C*т. 144.

[53] Див.: *McGovern v. Van Riper*, 137 N.J. Eq. 24, 32–33; 40–42; 46–47 (1945) (тут і далі – справа *McGovern*).

[54] *Owen v. Partrigdge*, 40 Misc. 215, 219–223 (1903).

[55] *Hodgeman v. Olsen*, 86 Wash. 615, 622–624 (1915).
[56] Див.: *State ex. rel. Mavity v Tyndall*, 66 N.E.2d 755; 224 Ind. 364, 378–382 (1946).
[57] Справа *McGovern*. Ст. 26–27; 40–42; 44–46.
[58] Див., наприклад: *Sterling v. City of Oakland*, 208 Cal. App. 1; 24 Cal. Rptr. 696, 698–699 (1961); *Herschel v. Dyra*, 365 F. 2d 17, 20 (1965).
[59] Див.: *Hansson v. Harris*, 252 S.W. 2d 600, 603 (Tex. Civ. App. 1952).
[60] Див., наприклад: *Doe v. Commander, Wheaton Police Department*, 329 A.2d 35, 42 (1974) (тут і далі – справа Doe).
[61] Lester Eisenstadt, *The Right of Persons Who Have Been Discharged or Acquitted of Criminal Charges to Compel the Return of Fingerprints, Photographs and other Police Records*, 27 Temp. L. Rev. 441, 442–444 (1954).
[62] *Troilo v. Valentine*, 179 Misc. 954, 955 (1943).
[63] *Poyer v. Boustead*, 3 Ill. App. 362, 370–371 (1954).
[64] *In the Matter of Alexander*, 259 A.2d 592 (1969).
[65] *Eddy v. Moore*, 487 P.2d 211, 212; 217–218 (1971) (тут і далі – справа Eddy).
[66] Справа *Davidson*. Ст. 160–162.
[67] Справа *Doe*. Ст. 266–271; 273–275.
[68] *In the Matter of Earl Smith and Ricardo Vasquez*, 63 Misc. 2d 198, 203–206; 310 N.Y.S.2d 617, 623–625 (1970) (тут і далі – справа Smith & Vasquez).
[69] *Sullivan v. Murphy*, 438 F.2d 938, 958-959 (1973) (тут і далі – справа Sullivan).
[70] *Menard v. Mitchell*, 328 F. Supp. 718, 726-728 (1971) (тут і далі – справа *Menard*).
[71] *Utz v. Cullinane*, 520 F.2d 467, 471–742; 474–476; 480–482; 489–491 (1975) (тут і далі – справа *Utz*).
[72] *Справа Sullivan*. Ст. 958–959; 964, 968–972.
[73] Див. коментар у: Comments, *F.B.I. Arrest Records: The Need to Control the Dissemination*, 1970 Wash. U. L. Q. 530, 531–532 (1970).
[74] *Laird v. Tatum*, 408 U. S. 1, 6–7 (1972).
[75] *Справа Utz*. Ст. 471.
[76] *Справа Marper*, параграф 124.
[77] *Monroe v. Tielsh*, 525 P. 2d 250, 253–255 (Wash. 1974).
[78] *Cissell v. Bronstron*, 395 S.W.2d. 322, 325–326 (1965).
[79] 63 Misc. 2d 198, 203–206 (1970).
[80] *Справа Menard*. Ст. 726–728.
[81] *Gregory v. Litton Systems, Inc*., 316 F. Supp. 401, 404 (1970).
[82] *Schware v. Board of Bar Examiners*, 353 U.S. 232, 235–237; 241–243 (1957) (тут і далі – справа Schware).
[83] *Baird v. State Bar of Arizona*, 401 U.S. 1, 9–10 (1971).
[84] Як автором вже зазначалося вище, у справі ЄСПЛ *Segedsted-Wiberg, et al. v. Sweden*, [2006] ECHR 697, публікації одного із позивачів щодо діяльності нацистів, комуністів та спецслужб обернулися для нього стеженням з боку самих спецслужб.
[85] *Losavio v. Mayber*, 178 Colo. 184, 187–188 (1972).
[86] Bernard Cogon, Donald L. Loughery, *Sealing and Expungement of Criminal Records: The Big Lie*, 61 Journ. of Crim. Law & Criminology 378, 380–384 (1970).
[87] *In Interest of E.C*., 130 Wis. 2d. 376, 381–383 (1986).
[88] Справа Smith & Vasquez. Ст. 203–206 (623–625); *Henry v. Looney*, 68 Misc.2d 859, 762–763; 348 N.Y.S.2d 848, 852 (1971) (імена і прізвища позивачів змінено).
[89] Справа *Sullivan*. Ст. 958–959; 964, 986–972.
[90] Справа *Doe*. Ст. 269–271.
[91] *People v. Casella*, 90 Misc. 2d 442, 445–449 (1977).

Резюме

Литвиненко А.А. **Реалізація права на забуття в контексті знищення персональних даних осіб щодо їхньої судимості чи підозрі в скоєнні злочинів: практика Європейського суду з прав людини та судів США.**

Право особи на недоторканність особистого життя, випрацюване в судовій практиці країн англо-саксонської та континентальної правової сім'ї, швидко стало набувати нових форм завдяки розвитку технологій зберігання та обробки даних, у тому числі фотографії, відбитків пальців, даних ДНК. Зокрема, вже на початку 20 ст. почастішали процеси, у яких позивачі намагалися отримати рішення суду щодо знищення їхніх персональних даних стосовно судимості чи підозри у скоєнні злочину. Швидкість розповсюдження даних, зокрема до роботодавців, закладів освіти, банків та кредитних установ створювала позивачам серйозні перешкоди у житті. Судова практика таких держав, як США доводить, що навіть у докомп'ютерну епоху збереження таких даних у необмежений строк та їх розповсюдження часто призводило до звільнення позивача з роботи, втрати бізнесу, ненадання кредиту та інших негативних наслідків, що спричиняло судові процеси, де позивачі намагалися отримати рішення суду щодо знищення або обмеженого використання їхніх персональних даних правоохоронними органами, хоча такі дані, як показує практика судів, також нерідко перебували на балансі банків і різних та державних установ. Перші аналогічні позови до ЄСПЛ з'явилися у 1990-х рр., що вивело дану проблему на міжнародний рівень. Враховуючи ряд сучасних інтерпретацій підвидів права на приватність, зокрема «права на забуття», автор пропонує виділити такі судові процеси до цієї категорії. Саме цьому аспекту «права на забуття» і присвячено дану статтю.

Ключові слова: право на приватність, захист персональних даних, право на забуття.

Резюме

Литвиненко А.А. **Реализация права на забвение в контексте уничтожения персональных данных лиц, касающихся их судимости или подозрения в совершения ими преступлений: практика Европейского суда по правам человека и практика судов США.**

Право человека на неприкосновенность частной жизни, выработанное в судебной практике стран англо-саксонской и континентальной правовой семьи, быстро стало приобретать всё более новые формы в силу развития технологий сохранения и обработки данных, в том числе фотографий, отпечатков пальцев и данных ДНК. Так, уже в начале 20 в. участились судебные процессы, в которых истцы пытались получить решения суда касательно удаления их персональных данных о судимости или подозрения в совершении преступления. А скорость распространения персональных данных, например, работодателям, учебным заведениям, банкам, а также кредитным институциям неоднократно создавала истцам трудности в жизни. Судебная практика таких стран, как США, показывает, что даже в докомпьютерную эпоху сохранение таких данных на протяжении неограниченного временного срока и их распространение нередко приводило к тому, что истец терял работу, бизнес или не мог получить кредит в банке, то есть приводило к весьма негативным для него последствиям, что в свою очередь, порождало новые судебные процессы, где истцы пытались получить решение суда об уничтожении или ограниченном использовании их персональных данных правоохранительными органами, хотя эти персональные данные, как показывает практика судов, также нередко пребывали на балансе банков и различных государственных учреждений. Первые подобные иски были поданы в Европейский суд по правам человека в 1990-х гг., что вывело проблему на международный уровень. Так, учитывая ряд современных интерпретаций подвидов права на приватность, а именно так называемого «права на забвение», автор предлагает отнести вышеупомянутые судебные процессы именно к этой категории. Именно этому аспекту «права на забвение» и посвящается данная статья.

Ключевые слова*:* право на приватность, защита персональных данных, право на забвение.

Summary

Anatoliy Lytvynenko. **The application of the right to be forgotten in the context of criminal records expungement: the case law of the European Court of Human Rights and the case law of the us courts.**

The personal right to privacy, which had been elaborated in the jurisprudence of Anglo-American and Continental law states, has rapidly transmuted into modern forms owing to technological advancement of data maintenance and data processing which gradually involved photographing, fingerprints and various DNA data. At the dawn of the 20th century, a multitude of lawsuits concerning criminal records expungement broke out – therein, the plaintiffs tried to obtain a court order for destroying their criminal record data, as well as data relating to a suspicion in committing crimes. The mode of data dissemination to, e.g. employers, educational institutions, banking and credit institutions has repeatedly had a negative effect on plaintiffs' lives. The United States case law has not once shown that even in the pre-computer era the maintenance of such personal data for an unlimited time period could frequently bring to deplorable consequences – for instance, the plaintiff lost his job or business, or was unable to take a loan, which brought to new lawsuits wherein the plaintiffs applied for a court order either to expunge, or to restrict the dissemination of their respective criminal records by the law enforcement agencies. However, the case law hints that such data was also disposed by banks and various governmental institutions. Similar actions were also lodged to the European Court of Human Rights since 1990s which brought the issue at an international level. Bearing in mind a series of various "right to privacy" interpretations, especially a "right to be forgotten", the author suggests relating the aforesaid actions to the said category. This paper is stringently devoted to the "criminal record expungement" aspect of this right. The paper is subdivided into two parts. The first part deals with the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the subject. Quite a few decisions have been delivered by the said Court. The majority of the described judgments were delivered after the actions had been commenced against the government of France for introducing the plaintiffs into digital offender databases with an extremely vague legal possibility of criminal data expungement, and only in one of the trials the plaintiff succeeded. The second part of the paper is devoted to an analysis of US case law on the subject. The author discusses several notable judgements delivered by courts of state and federal jurisdictions as well as conducts a generalization of a) conjectural negative consequences to plaintiff in case his data is maintained indefinitely; b) groups of judgments where the courts adher either to order to expunge criminal records, to return the folder with them to plaintiff, or to restrict their dissemination, or not to expunge them at all.

Key words: right to privacy, data privacy, right to be forgotten.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.68
УДК 343.148:343.132

А.А. ФЕДЧИШИН

Андрій Анатолійович Федчишин, *здобувач ПВНЗ «Університет сучасних знань»*[*]
ORCID: 0000-0001-5742-3256

ГЕНЕЗИС ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ТРЕТЕЙСЬКІ СУДИ І МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ

Постановка проблеми. Виникнення, становлення та розвиток третейських судів та їх експертного забезпечення в Україні має тривалу історію, яка ще потребує поглиблених наукових досліджень.

Третейський розгляд, як один із найдавніших інститутів альтернативного судочинства, неодноразово зазнавав докорінних змін, що стосувалися порядку його призначення, форм здійснення та власне суб'єктів судочинства.

Загальновідомо, щоб пізнати будь-яке явище або ситуацію, доцільно їх розглядати не у статиці, а у динаміці, тобто розвитку. Тому має рацію один із знаних дослідників інституту третейських судів і міжнародного арбітражу Ю.Д. Притика, зазначаючи: щоб спрогнозувати розвиток таких судів, їх необхідно досліджувати крізь призму дійсного – від минулого до майбутнього[1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Генеза розвитку третейської інституції як альтернативного способу розгляду спорів досліджувалася: В.С. Балухом, Н.А. Вангородською, Л.С. Гамбург, С.Г. Ковальовою, М.Ю. Лєбєдєвим, Н.А. Литвин, Ю.Д. Притикою, В.А. Ревун, В. Сухонос, С.О. Теньковим, Д.В. Шевченко, С.О. Юлдашевим, однак у цих публікаціях питання експертного забезпечення діяльності аналізованого суду майже не досліджувалося.

Формулювання мети статті. Метою даної публікації є дослідження розвитку третейських судів і міжнародного комерційного арбітражу.

Виклад основного матеріалу. Елементи третейського судочинства у завуальованій або прямій формі збереглися у міфології більшості етносів як найдавніших пам'яток людства, тому слушно припустити, що третейський суд як певний соціокультурний феномен сформувався ще у додержавний період. Узвичаївшись, квазіправова інституція діяла на підставі норм-звичаїв, норм-табу, звичаєвих мононорм, протонорм[2].

Загальновідомо, що найстарішою формою вирішення спорів було застосування сили, самосуд, самоуправство, але й третейський суд як спосіб розгляду спорів відомий ще з давніх часів. Так, на думку Н.А. Вангородської, третейський суд існував ще задовго до виникнення держави, і був фактично чи не єдиним способом вирішення конфліктів саме мирним шляхом[3]. Судовому порядку альтернативного розгляду правових конфліктів, зазвичай, передували певні узгоджувальні процеси, і лише якщо не знаходився компроміс, то обирався відомий із давніх часів «третій» – третейський суддя.

Здійснивши зіставлення історичних джерел, А. Віцин дійшов висновку про існування такої мало чи не єдиної форми альтернативного суду ще до приходу варягів[4].

Згодом, поступово, перехід від особистої розправи до договірного вирішення спору, на думку більшості дослідників, остаточно завершився до початку II тис. до н. е. у Вавилоні, до X ст. до н. е. у Давньому Єгипті, до XI–IX ст. ст. до н. е. у Давній Греції та у V ст. до н. е. у Давньому Римі, і відповідно передує виникненню самої держави, а отже, і створених нею державних судів[5].

Звернення до історичних джерел показує, що Законами XII таблиць (451–450 р. до н. е.), обрання третейського судді допускалося під час розгляду спорів: 1) щодо поновлення порушених меж земельних ділянок (табл. VII § 5); 2) щодо розподілу спільного спадкового майна між спадкоємцями (табл. V § 10); 3) щодо відшкодування шкоди, заподіяною будинкам та іншій власності дощовою водою внаслідок зміни її напряму (табл. VII § 8); 4) щодо подвійної винагороди, яку повинен сплатити той, хто приніс на судоговорінні підроблену річ чи заперечує сам факт судоговоріння (табл. XII § 3); 5) щодо захоплення чужих матеріалів для свого будинку (табл. VI § 7); 6) щодо розподілу спільного майна та деяких інших справ[6].

На той час повноваження третейського суду визначалися двома угодами: угодою між сторонами (compromissum) щодо зобов'язання виконувати рішення (sententia) та угодою між сторонами з арбітром (receptum arbitri), за якою арбітр зобов'язувався розглядати справу й оголошувати рішення.

Думку про те, що ідея передачі спору на вирішення посередникам – третейським судам форми «божого суду», зародилася у далекій давнині, поділяють В.П. Самохвалов та Н.А. Вангородська. Вони вважають, що головною метою такої діяльності було примирення сторін, а відновлення справедливості було другорядним. При цьому третейський суд, як форма посередницького суду, був притаманний законодавству усіх часів і

© А.А. Федчишин, 2019

[*] ***Andriy Fedchyshyn,*** *Postgraduate student of the University of Modern Knowledge*

народів, включаючи право Стародавнього Риму[7], і це у майбутньому суттєво формувало правову систему Західної та Центральної Європи, включаючи порядок та правила третейського розгляду.

У Давній Греції (VI ст. до н. е.) спори вирішувалися за допомогою посередників (diaeteta)[8], а у Давньому Римі, при укладанні торгових угод між громадянами та іноземцями (перегринами) залучалися приватні судді – рекуператори (recuperatores)[9]. Третейське судочинство з двома частинами процесу: у першій частині – призначався третейський суд (in jure), а у другій – відбувався розгляд третейським судом (in judicio), що передувало Римському цивільному процесу[10].

За Дигестом Юстиніана (530–533 рр. н. е.), згода сторін на передачу їхнього спору для розгляду третейському суду діяла подібно судовому порядку та мала на меті завершення спору без будь-якої участі публічної влади (Д. 4. 8. 1)[11].

У мовах східнослов'янських народів існує самостійний термін «третейський суд», який є власним, а не запозиченим з інших мов. Він цілком відповідає західному аналогу «арбітраж»[12].

Християнська ідеологія має багато спільного із альтернативним розглядом спорів, варто згадати заповіді: «не суди і не судимим будеш», розгляд спору «по совісті, по справедливості». Тому має рацію Ю.Д. Притика, який зазначив, що «християнство з його чіткою доктриною диференціації державної влади (царства земного) та Божого владного першоджерела, суттєво вплинуло на становлення теорії третейського розгляду»[13].

За дослідженням І.О. Бута, Київська Русь є першим державним утворенням на території сучасної України, і історія розвитку третейського судочинства на українських землях більшістю дослідників розглядається саме з XI ст.[14], а за визначенням Ф.М. Дмитрієва «третейська розправа є найдавнішою формою руського процесу»[15].

У період існування Київської Русі, на її території найбільш поширеною була форма договірного вирішення спорів за посередництва третейського суду. Хоча староруське судочинство не знало будь-якого впливу з боку римського права, у практиці судів Київської Русі можна знайти чимало аналогій з римським правом. Це, на думку А.Ф. Волкова, зайвий раз підтверджує правило, що у всіх народів у період панування звичаєвого права суд приватних осіб передував суду суспільної влади.

Головне призначення третейського суду на той час полягало не у суворому дотримуванні букви закону, а в припиненні ворожнечі та розбрату. Тому третейський суд і називався compromissum, а до третейських судів обиралися не стільки знавці закону, скільки «добрі люди» і в суспільному, і в моральному розумінні. І що особливо потрібно наголосити – часто залучалися своєрідні експерти. Тому ще з тих часів обов'язковим атрибутом у третейському судочинстві став інститут використання спеціальних знань.

У доктрині теорії права на Русі, при третейському розгляді, була поширена форма договірного вирішення спорів із залученням третейських суддів, їй передувало знаходження певного компромісу. За часів Київської Русі суд творили самі князі, а згодом – бояри, а в разі недосягнення домовленості обирався «третій» – третейський суддя. Це зумовило формування різних форм третейських судів: «ігуменський суд» – третейський суд, у складі декількох осіб («братії») під керівництвом ігумена; «митрополітний суд» – третейський суд, очолюваний, зазвичай, митрополитом; суд «мирового ряду» – третейський суд, де «полюбовна угода» учинялася із залученням і участю «рядців та послухів»[16].

За давньоруським правом рішення третейських судів мало характер лише думки (sentenfia), яка негайно оголошувалася сторонам. Третейський суд, на той час, розвивався на основі доказування, і для вирішення спорів залучали посередників – осіб, які користувалися повагою у суспільстві. У доказовому провадженні суд користувався також висновками своєрідних експертів. Ними виступали досвідчені й обізнані люди, наприклад мельники, мірошники, ковалі, шевці, кравці, купці, а також літні жінки, повитухи, коли іноді розглядались інтимні сторони життя осіб. Про їх участь у процесах є згадка в матеріалах судової практики[17]. Доказом здебільшого були зізнання звичайних і урядових свідків, які вони давали без присяги і під присягою, а також документи – урядові й приватні речові докази, висновки експертів[18].

Слід зазначити, що за часів давньоруського права, джерела писаного права – Руської Правди, і у період розпаду Київської Русі на окремі князівства, коли ще не відомими були державні суди, по суті кожен суддя був третейським суддею.

За дослідженням А.І. Віцина, ідея необхідності побудови третейського судочинства зустрічається у літописах Київської Русі із XIV ст., зокрема у пам'ятці третейського суду – грамоті 1362 р. Великого князя Дмитра Донського[19]. Хоча інші дослідники того часу не погодилися з такою думкою, критично оцінивши її, навели додаткові аргументи, зазначивши те, що термін «третейський» не зустрічається в документах цієї грамоти[20].

Хоча інститут третейського суду відомий на Русі ще з VIII ст. і має багато спільного із аналогічним інститутом у римському праві, однак такого поширення у сфері торговельного обороту, як у західноєвропейських країнах, він не набув.

На території сучасної України певну кількість договорів про третейський суд можна знайти за часів XV, XVI і XVII ст., поки нарешті цей інститут не увійшов до складу загального законодавства.

У період середньовіччя та феодальної державності інститут третейських судів зазнав занепаду, і це пов'язують із тим, що носієм влади був монарх, який призначав осіб для судочинства.

Судова реформа 1564–1566 рр. суттєво змінила статус третейського суду, а з прийняттям Соборного уложення 1649 р., рішення третейського суду вперше прирівнялося до рішення державного суду (третейсь-

кий суд на той час формувався на основі добровільної угоди сторін для вирішення справ за позовами приватних осіб і належав до категорії особливих судів).

Із середини XVI ст. (за часів Івана IV), інститут третейського судочинства почав користувався офіційною державною підтримкою і охороною. У Соборному Уложенні 1649 р. містилася окрема стаття «Про Третейський Суд», яка слугувала підставою прийняття у 1831 р. «Положення про третейський суд».

У другій половині XVII ст., коли інститут третейського суду увійшов до складу російського законодавства, було вперше законодавчо закріплено обов'язкову силу третейського рішення і право кожного на звернення до третейського суду, за спільною згодою сторін.

Приблизно у той період цікавим було реформування інституту третейського суду у Франції, який коливався від форми добровільної угоди сторін, до виключення із загальної підсудності, і до форми спеціального і примусового суду. Едикт Франциска II від 1560 р. щодо примусового рішення комерційних спорів третейськими суддями і Торговий Ордонанс Людовика XIV від 1673 р. остаточно створили примусовий третейський суд між комерсантами[21]. І лише Декрет французького уряду від 16 серпня 1790 р. оголосив третейський суд (arbitrage) найбільш розсудливим і гуманним засобом вирішення спорів між громадянами. На підтримання цього передбачалось не видавати жодних постанов, які б применшували значення третейського суду і дійсність його рішень.

За часів Литовсько-Польської доби склад третейського суду спеціально формувався для розгляду конкретних справ. Так, торгові суди створювались для розгляду спорів у торговій сфері, коли в пошуках істини вимагали певних спеціальних знань. І третейські, і торгові суди базувались на принципах швидкої та неформальної процедури. Торгові суди були непрофесійними і поділялися на: ярмаркові суди; суди купецької гільдії або міські торгові суди[22]. Ці суди були засновані на праві справедливості і складалися із суддів та обізнаних осіб, обраних на ринку чи ярмарку їх товаришами.

Особливого значення набув третейський розгляд, повноважний для розгляду нескладних карних і цивільних справ за часів Гетьманщини (у другій половини XVII–XVIII ст. ст.), за сприяння гетьмана та Генеральної військової канцелярії[23].

Новоторговим статутом 1667 р. було запроваджено митні суди, що чинили розгляд до введення у дію в 1727 р. Митного статуту.

Артикул 24 Глави 7 «Про третейський суд» зберіг вже існуючу практику та можливість передачі третейському суду «для скорѣйшого дѣлъ челобитческихъ отправленія, учереженну быть надлежитъ по прежнему, изъ персонъ разнихъ чиновъ знатних, добросовѣстнихъ и въ правах икуснихъ»[24].

Найголовніше те, що на той час законодавчо було започатковано право на спільну згоду у зверненні до третейського суду та значення рішення третейського розгляду.

Про доцільність існування механізмів, схожих до третейського суду, писав у доповіді Олександру I автор Статуту Третейського совісного суду, міністр юстиції Російської імперії Р.Г. Державін у 1803 році.

Найбільш повно принципи організації та діяльності узаконених третейських судів були закріплені у Положенні про третейський суд у Зводі законів 1831 року[25]. Це Положення у майбутньому незмінно входило до Зводу законів 1833, 1842 та 1857 років. Зобов'язаний керуватися, зазвичай, прийнятими у торговій практиці правилами, традиціями і звичаями, Узаконений третейський суд призначався для розгляду спорів у справах між товариствами і акціонерними компаніями, між членами товариства і акціонерами, між товариствами та іншими сторонніми особами. Формальний запит щодо двосторонньої угоди слугував підставою для такого розгляду, і у разі неузгодження між сторонами справа розглядалася судовою владою. Рішення Узаконеного третейського суду підлягало апеляційному оскарженню. Неузгодженість у багатьох формальних питаннях при розгляді спорів за участю третейського суду, досить часто переростала у затяжний процес.

У цей період, поряд з Узаконеним третейським судом, існував і добровільний. На відміну від Узаконеного, добровільний суд створювався на добровільних засадах, на розсуд сторін, а його рішення було остаточним і оскарженню не підлягало[26].

Найчастіше до «експертного забезпечення» третейського розгляду спорів сторони зверталися під час біржових операцій, коли здебільшого не потрібен був юридичний фах, а необхідні були знання відповідності й вартості товару при здійсненні торгових операцій. З цією метою виникала потреба у залученні сторонами недержавного біржового добровільного третейського суду (який скликався за зверненням сторін, і в час роботи біржових торгів, і у святкові дні, і в будь-який час), обізнаних осіб. Згода на третейську процедуру, підтверджена обізнаною особою й узаконена тільки добровільним третейським судом, оформлялася третейським записом, підписаним сторонами і третейськими суддями, засвідчувалася нотаріусом або мировим суддею.

У 1831 р. було уведено в дію «Положення про третейський суд», до його основи покладено норми Соборного уложення і Митний статут імператора Петра II. Скасувавши майже усі попередні нормативні акти з цього питання, Положення про третейський суд започаткувало законодавчі акти про альтернативний розгляд у судочинстві.

З початку і до середини XIX ст., до узаконених третейських судів, а не до державних, зверталися за приписом уряду[27]. У цей період визначалися три категорії узаконених третейських судів, до яких, за зверненням, залучалися обізнані особи, і до яких зверталися за приписом уряду: 1) по відношенню до місцевостей (тобто за місцезнаходженням); 2) за категорією, родом справ (при створенні страхових товариств визначалися категорії справ, що розглядалися між акціонерною компанією і товариством); 3) залежно від стану (за категорією майнового стану суб'єктів, яким вправі позиватися до суду). При цьому до компетенції третейського суду не нале-

жав розгляд таких справ: злочинів або поступків, за які не припускалося примирення; щодо малолітніх осіб; за особистими правами статку; за інтересами казенних установ або земських, міських чи сільських громад.

Право обирати посередників для вирішення спірних справ передбачалося Статутом цивільного судочинства 1864 р., що включав спеціальну главу про третейські суди. Однак діяльність Узаконеного третейського суду припинилась, і судовою реформою 1864 р. його формально було скасовано.

За ініціативою Міністерства юстиції у 1887 р. Статут цивільного судочинства було доповнено, і про всі рішення третейського суду щодо нерухомості повідомлялася Казенна палата для справляння мита на нерухомість, одночасно видавався виконавчий лист.

Варто зазначити, що на території Західної України на той час діяв Австрійський Статут цивільного судочинства 1895 р., у п'ятій главі другого розділу якого, до Особливого провадження, було віднесено провадження у третейському суді.

В аналізований період у всіх країнах де функціонували третейські суди, завжди була одна дилема у використанні спеціальних знань: як може альтернативний третейський суд зробити краще найкращим. Забезпечувалося це переважно двома формами використання спеціальних експертних знань: 1) коли у якості суддів обирали досвідчених осіб, особливо із знанням тих проблем, що виникали; 2) коли на допомогу суду запрошували кваліфікованих і обізнаних осіб, чия думка незалежно від того, наскільки це буде приємно сторонам, могла б стати вирішальною. Обидві ці форми, при альтернативному розгляді, збереглися і до сьогодні, принаймні теоретично, хоча кожна із них поступається *третій*, найбільш сучасній формі, коли судом запрошуються кваліфіковані особи зі спеціальними знаннями – експерти[28].

У кінці XIX – на початку XX ст. в Російській імперії існувала обмежена кількість третейських судів, проте після революційних змін третейський суд зберігся. Так, із прийняттям Декрету про суд № 1 від 05 грудня (22 листопада) 1917 р. у ст. 6 надавалося право сторонам «по усіх спірних цивільних, а також приватно-кримінальних справах звертатися до третейського суду»[29].

Згідно зі ст. 8 Декрету про суд № 2 від 15 лютого 1918 р. судочинство як «із цивільних, так і з кримінальних справ здійснюється за правилами судочинства 1864 року, оскільки такі не відмінені декретами Центрального виконавчого Комітету робітничих, солдатських і селянських депутатів і Ради Народних Комісарів, і не суперечать правосвідомості трудящих»[30].

Цим Декретом було започатковано специфіку і тактичні основи використання спеціальних знань: «При вирішенні справ, що вимагають спеціальних знань, судом або на власний розсуд, до його складу можуть бути запрошені обізнані особи з правом дорадчого голосу. Сторонам надається право включати обізнаних осіб у рівній кількості, або суду самостійно призначати обізнаних осіб (ст. 13)»[31].

У ст. 1 Декрету ВУЦВК «Про третейський суд» від 16 лютого 1918 р. визначалися межі професійної компетенції третейського судочинства – усі спори з цивільних справ, за винятком підсудних спеціальним судам та справ за законами про працю і соціальне страхування.

Тобто відповідно до положень цього Декрету повністю зберігався принцип диспозитивності, що діяв до 16 жовтня 1924 року. А 30 липня 1924 р. ВУЦВК було прийнято перший Цивільний процесуальний кодекс УРСР, яким згідно зі ст. 191 до справ окремого провадження було віднесено справи про третейські запити та рішення. У період НЕПу при товарних і фондових біржах створювалися арбітражні комісії, що виконували функції і повноваження третейських судів.

Постановою Ради Міністрів СРСР від 23 липня 1959 р. «Про покращення роботи державного арбітражу» між підприємствами, організаціями і установами пропонувалося застосовувати одну із нових форм залучення громадськості до вирішення господарських спорів – третейський розгляд. Тимчасовими правилами розгляду господарських спорів третейським судом, затвердженими Держарбітражем СРСР 31 серпня 1960 р., визначалося, що на вирішення третейських судів могли передаватися окремі господарські спори за взаємною згодою сторін.

Уведений у дію з 01 січня 1964 р. ЦПК УРСР у ст. 25 передбачав, що у визначених законом або міжнародними договорами випадках спори із цивільних правовідносин, за згодою сторін, можуть вирішуватися третейськими судами[32]. На нашу думку, цей Кодекс став значно досконалішим законодавчим актом як з точки зору юридичної техніки, так і змісту його інституту альтернативного судочинства порівняно з ЦПК 1924 та ЦПК 1929 року.

Серед трьох додатків ЦПК УРСР (1964 р.), Додаток № 2 отримав назву – «Положення про третейський суд». Серед позитивних моментів цього законодавчого акта варто назвати такі. Спори, що виникали із цивільних правовідносин, за згодою сторін могли вирішуватися третейськими судами у порядку, передбаченому Законом УРСР «Про третейські суди» (ст. 25). Суддя повинен був роз'яснити сторонам можливість звернутися для вирішення спору до третейського суду (п. 11 ст. 143) або відмовити у прийнятті заяви, якщо між сторонами укладено договір про передачу даного спору на вирішення третейського суду (п. 6 ст. 136) чи закрито провадження у справі, якщо між сторонами укладено договір про передачу даного спору на вирішення третейського суду (п. 7 ст. 227).

Організація або утворення третейського суду, безумовно, залежить від законодавчого підґрунтя. Постановою Держарбітражу СРСР від 30 грудня 1975 р. № 121 затверджено Положення про третейський суд для вирішення господарських спорів між сторонами – об'єднаннями, підприємствами, організаціями, установами. Спори за взаємною згодою сторін могли передаватися на розгляд третейському суду, що обирався із числа компетентних керівників сторін із залученням громадських організацій.

Із прийняттям Верховною Радою України 11 травня 2004 р. Закону України «Про третейські суди», з метою правильного вирішення спору, уперше було законодавчо урегульовано порядок проведення експертизи для роз'яснення питань, що потребують використання спеціальних знань третейським судом як інституцією, як відповідним недержавним незалежним органом.

Застосування альтернативних способів вирішення спорів у сучасній юридичній науці постійно полемізується. Однак правове поле України дозволяє функціонувати альтернативним інститутам, відповідно до світових стандартів. Зазначимо лише, що підходи до доказування та призначення експертиз у міжнародній арбітражній практиці є різними. Усе залежить від правової культури[33].

Основні правила, що уважаються певним еталоном для експертів у альтернативній судовій процедурі, випливають із декількох документів, виданих міжнародними інститутами або постійними арбітражними судами, це: Правила міжнародної асоціації адвокатів (IBA/Snternational Bar Assotiation) щодо доказування в міжнародному арбітражі[34], Регламент комісії ООН по міжнародному торговому праву (ЮНСІТРАЛ)[35] і Регламент міжнародного арбітражного суду при міжнародній торговій палаті (ICC)[36].

Правила є ефективним керівництвом щодо здійснення експертної діяльності в міжнародному третейському (арбітражному) судочинстві, і регламентують дані питання в більшому обсязі, ніж національні регламенти[37].

Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», Положення про Міжнародний комерційний арбітраж при Торгово-промисловій палаті України і низка документів Морської арбітражної комісії при Торгово-промисловій палаті України, їх регламенти, ґрунтуються на міжнародних договорах (Нью-Йоркська конвенція про призначення і приведення у виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., Європейська конвенція про зовнішньоекономічний арбітраж 1961 р.), документах ЮНСІТРАЛ.

Висновки. Отже, вивчення періодів історичного і правового становлення третейських та арбітражних судів на території сучасної України допомагає виділити основні передумови створення таких інституцій, визначити роль держави та ступінь участі громадянського суспільства в цьому тривалому процесі.

Становленню третейських судів, як форми вирішення правових конфліктів, певною мірою перешкоджало посилення централізованої влади, зокрема судової, держава не могла співіснувати із сильною приватною юрисдикцією, що становила конкуренцію державній судовій системі.

Створення третейських судів на теренах сучасної України, як сучасного інструментаря реалізації альтернативних форм правосуддя, є наслідком тривалого історичного та правового розвитку держави та суспільства, на який певним чином вплинула сукупність таких факторів, як: надвисока формалізація судової влади (що нерідко перешкоджала винесенню справедливих та неупереджених рішень); західна демократія (яка прискорила бажання влади здійснювати реформи й законодавчо закріпляти демократичні засади); і, безумовно, триваючий розвиток громадянського суспільства.

---

[1] Притика Ю.Д. Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії та практики: монографія. Київ: Ін Юре. 2005. 516 с. С. 11.

[2] Там само.

[3] Вангородська Н.А. Третейський суд в Україні у X–XVIII ст. : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.01. Киев, 2011. 20 с. С. 3.

[4] Вицин А. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение. Москва, 1856. 352 с. С. 3.

[5] Зайцев А.И. Проблемные аспекты третейского судопроизводства в России. Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад., 2007. 192 с. С. 25.

[6] Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима / науч. ред. В.С. Ем; отв. ред. А.Д. Рудоквас. Москва : Статут, 2003. 684 с. С. 496–497.

[7] Самохвалов В.П., Вангородська Н.А. Модернізація джерел права третейського судочинства та їх місце в правовій системі України. *Про українське право. Часопис кафедри теорії та історії держави і права*. Київ, 2007. Число II. С. 123–143. С. 123.

[8] Давыденко Д.Л. Примирительные процедуры и арбитраж в Древней Греции. *Третейский суд*. 2010. № 5. С. 23–26. С. 24.

[9] Волков А.Ф. Торговые третейские суды. Санкт-Петербург: Тип. Ред. период. изд. М-ва фин., 1913. 302 с. С. 6.

[10] Зом Р. Институции. Сергиев Посад : тип. И.И. Иванова, 1916. Ч. 2 : Система. Вып. 1 : Общая часть и вещное право. История и система римского гражданского права. 375 с. С. 121–122.

[11] Памятники римского права: Законы XII таблиц ; Институции Гая : Дигесты Юстиниана. Москва: Зерцало, 1997. 608 с.

[12] Там само. С. 158.

[13] Притика Ю.Д. Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії та практики: монографія. Київ: Ін Юре. 2005. 516 с. С. 11.

[14] Бут І.О. Розгляд цивільно-правових спорів третейськими судами в Україні: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2016. 229 с. С. 41.

[15] Дмитриев Ф.М. История судебных инстанций и гражданского апелляционного судопроизводства от судебника до учреждения о губерниях. Москва : тип. А.И. Мамонова, 1899. Т. 1. 592 с. С. 147.

[16] Притика Ю.Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді: монографія. Київ: Вид. дім «Ін Юре», 2006. 636 с. С. 157–159.

[17] *Центральний державний історичний архів України у Харкові*. Ф. 232. Од. зб. 2. Арк. 81–82.

[18] Пашук А.Й. Суд і судочинство на Лівобережній Україні в XVII–XVIII ст. Львів, 1967. 180 с. URL: http://history.org.ua/LiberUA/Pashuk_SudSudochNa LU_1967/ Pashuk_Sud Sudoch NaLU_1967.pdf С. 114.

[19] Вицин А. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение. Москва, 1856. 352 с. С. 4.

[20] Заозерский Н.А. Духовное лицо в звании третейского судьи. I: В древней христианской Церкви. *Богословский вестник*. 1899. Т. 1. № 2. С. 239–252.

[21] Вицин А. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение. Москва, 1856. 352 с. С. 8.

[22] Грамоты великих князей литовских с 1390 по 1569 год / под ред. В. Антоновича и К. Козловского. Киев, 1868. 166 с. С. 10–12.

[23] Окиншевич Л. Центральні установи України-гетьманщини XVII – XVIII вв. ; Всеукраїнська академія наук. Київ : Друкарня Всеукраїнської академії наук, 1930. Ч. 2: Рада старшини. 352 с. С. 11.

[24] Кистяковский А.Ф. Права, по которым судится малороссийский народ, Высочайшим всепресветлейшия, державнейшия Великия Государыни Императрицы Елисаветы Петровны, Самодержицы Всероссийския, Ее императорского священнейшего Величества повелением, из трех книг, а именно: Статута Литовского, Зерцала Саксонского и приложенных при том двух прав, такожде из книги Порядка, по переводе из польского и латинского языков на российский диалект в едину книгу сведенные, в граде Глухове, лета от рождества Христова 1743 года, изданные под редакцией и с приложением исследования о сем Своде и о законах действовавших в Малороссии профессора А.Ф. Кистяковского. Киев, 1879. 1063 с. С. 131.

[25] Притика Ю.Д. Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії та практики: монографія. Київ: Ін Юре. 2005. 516 с. С. 11.

[26] Капустіна М.В. Криміналістичне забезпечення досудового розслідування: поняття та ознаки. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики* : зб. наук. пр. / ХНДІ судових експертиз ім. М.С. Бокаріуса, Нац юрид. ун-т ім. Я. Мудрого. Харків : Право, 2014. Вип. 14. С. 71–79 С. 11.

[27] Вицин А. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение. Москва, 1856. 352 с. С. 58.

[28] Learned Hand. Historical and Practical Considerations regarding Expert Testimony. *Harvard Law Review*. 1901. Vol. 15, № 1 (May), 1901. P. 40–58. С. 40.

[29] Декрет № 1 Совета Народных Комиссаров «О суде». *Газета Временного Рабочего и Крестьянского Правительства*. 1917. № 17 (7 декабря (24 ноября)). С. 50.

[30] Декреты Советской власти: в 2 т. Москва: Гос. изд-во полит. литературы, 1957. Т. I : 25 октября 1917 г. – 16 марта 1918 г. 626 с. С. 466–474.

[31] Там само.

[32] Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1963. № 30. Ст. 464. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0009.html

[33] Белоглавек А.И. Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах). Киев: Таксон, 2011. 504 с. С. 149.

[34] Brawn D. Oral Evidence and Experts in Arbitration. B: Dossier of the ICC Institution of World Bussiness Law Arbitration and Oral Evidence, Paris 2005. P. 77.

[35] Информация о государствах, ставших участниками Конвенции, на веб-сайте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral _texts/sale_goods/1980CISG_status.html

[36] Белоглавек А. И. Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах). Киев: Таксон, 2011. 504 с. С. 154.

[37] Brawn D. Oral Evidence and Experts in Arbitration. B: Dossier of the ICC Institution of World Bussiness Law Arbitration and Oral Evidence, Paris 2005. P. 77.

References:

Prytyka, Y.D. (2005). Mizhnarodnyi komertsiinyi arbitrazh: Pytannia teorii ta praktyky [International Commercial Arbitration: Theory and Practice Issues]. Kyiv : In Yure [in Ukrainian].

Vanhorodska, N.A. (2011). Treteiskyi sud v Ukraini u X–XVIII st. [Court of Arbitration in Ukraine in the X–XVIII centuries]. Kyev [in Ukrainian].

Vytsyn, A. (1856). Treteiskyi sud po russkomu pravu. Ystoryko-dohmatycheskoe rassuzhdenye. [Court of Arbitration in Russian Law. Historical and dogmatic reasoning]. Moskva [in Russian].

Zaitsev, A.Y. (2007). Problemnie aspekti treteiskoho sudoproyzvodstva v Rossyy [Problematic aspects of arbitration in Russia]. Saratov: yzd-vo Saratov. hos. akad. [in Russian].

Muromtsev, S.A. (2003). Hrazhdanskoe pravo Drevneho Ryma [Civil Law of Ancient Rome]. Moskva : Statut [in Russian].

Samokhvalov, V.P., Vanhorodska, N.A. (2007). Modernizatsiia dzherel prava treteiskoho sudochynstva ta yikh mistse v pravovii systemi Ukrainy [Modernization of sources of arbitration law and their place in the legal system of Ukraine]. Pro ukrainske pravo. *Chasopys kafedry teorii ta istorii derzhavy i prava*, no II, pp. 123–143.

Davidenko, D.L. (2010). Prymyrytelnie protseduri y arbytrazh v Dreinei Hretsyy [Conciliation procedures and arbitration in Ancient Greece]. *Treteiskyi sud*, no 5, pp. 23–26.

Volkov, A.F. (1913). Torhovie treteiskye sudi [Commercial Arbitration Courts]. Sankt-Peterburh: Typ. Red. peryod. yzd. M-va fyn. [in Russian].

Zom, R. (1916). *Y*nstytutsyy [Institution]. Serhyev Posad: typ. Y.Y. Yvanova, Ch. 2: Systema. Vol. 1 : Obshchaia chast y veshchnoe pravo. Ystoryia y systema rymskoho hrazhdanskoho prava [in Russian].

Pamiatnyky rymskoho prava: Zakoni XII tablyts ; Ynstytutsyy Haia : Dyhesti Yustynyana (1997). [Monuments of Roman Law: Laws of the XII Tables; Guy's Institutions: Justinian's Digests]. Moskva : Zertsalo [in Russian].

But, I.O. (2016). Rozghliad tsyvilno-pravovykh sporiv treteiskymy sudamy v Ukraini (unpublished) [Consideration of civil disputes by arbitral tribunals in Ukraine]. Odesa [in Ukrainian].

Dmytryev, F.M. (1899). Ystoryia sudebnikh ynstantsyi y hrazhdanskoho apelliatsyonnoho sudoproyzvodstva ot sudebnyka do uchrezhdenyia o hubernyiakh [History of judicial instances and civil appeals from the court to the institution of the provinces] Moskva : typ. A.Y. Mamonova, no. 1 [in Russian].

Prytyka, Y.D. (2006). Problemy zakhystu tsyvilnykh prav ta interesiv u treteiskomu sudi: monohrafiia [Problems of Civil Rights and Interests Protection in the Court of Arbitration]. Kyiv : vyd. dim «InIure» [in Ukrainian].

Tsentralnyi derzhavnyi istorychnyi arkhiv Ukrainy u Kharkovi (unpublished) [Central State Historical Archive of Ukraine in Kharkov]. f. 232, od. zb. 2, ark. 81–82 [in Ukrainian].

Pashuk, A.Y. (1967). Sud i sudochynstvo na Livoberezhnii Ukraini v XVII–XVIII st. [Court and Judiciary in the Left-Bank Ukraine in XVII – XVIII centuries]. Lviv. Available at: http://history.org.ua/LiberUA/Pashuk_SudSudochNaLU_1967/Pashuk_SudSudochNaLU_1967.pdf (accessed 14 January 2020).

Zaozerskyi, N.A. (1899). Dukhovnoe lytso v zvanyy treteiskoho sudy. I: V drevnei khrystyanskoi Tserkvy [A spiritual person in the rank of arbitrator. I: In the ancient Christian Church. Theological herald]. *Bohoslovskyi vestnyk*, vol. 1, no 2, pp. 239–252 [in Russian].

Antonovych, V., Kozlovskiy, K. Hramoti velykykh kniazei lytovskykh s 1390 po 1569 hod [Certificates of the Grand Duke of Lithuania from 1390 to 1569]. Kyev [in Ukrainian].

Okynshevych, L. (1930). Tsentralni ustanovy Ukrainy-hetmanshchyny XVII – XVIII vv. [Central institutions of Ukraine-Hetmanate of the XVII–XVIII centuries. Ukrainian Academy of Sciences]. Kyiv: Drukarnia Vseukrainskoi akademii nauk, vol. 2: Rada starshyny [in Ukrainian].

Kystiakovskyi, A.F. (1879). Prava, po kotorim sudytsia malorossyiskyi narod, Visochaishym vsepresvetleishyia, derzhavneishyia Velykyia Hosudariny Ymperatrytsi Elysaveti Petrovni, Samoderzhytsi Vserossyiskyia, Ee ymperatorskoho sviashchenneisheho Velychestva povelenyem, yz trekh knyh, a ymenno: Statuta Lytovskoho, Zertsala Saksonskoho y prylozhennыkh pry tom dvukh prav, takozhde yz knyhy Poriadka, po perevode yz polskoho y latynskoho yazikov na rossyiskyi dyalekt v edynu knyhu svedennыe, v hrade Hlukhove, leta ot rozhdestva Khrystova 1743 hoda, yzdannie pod redaktsyei y s prylozhenyem yssledovanyia o sem Svode y o zakonakh deistvovavshykh v Malorossyy professora A. F. Kystiakovskoho [The rights under which the little Russian people are judged, the Most High All-Holy, the most powerful Great Empress Empress Elisabeth Petrovna, the All-Russian Autocrat, Her Imperial Most Holy Majesty, by the three books, namely: the Statute of Lithuania, Mirror of Saxony and the two rights attached thereto, also from the book of the Order, for translation from Polish and Latin into the Russian dialect into a single book reduced, in the town of Glukhov, from the summer of Christ of 1743, published under the editors and with the appendix of the study on this Code and on the laws of Professor A.F. Kistyakovsky acting in Little Russia]. Kyev [in Russian].

Kapustina, M.V. (2014). Kryminalistychne zabezpechennia dosudovoho rozsliduvannia: poniattia ta oznaky [Kriminalistichne protection of pre-trial care: understanding and signs]. Teoriia ta praktyka sudovoi ekspertyzy i kryminalistyky. Kharkiv : Pravo, vol. 14, pp. 71–79 [in Ukrainian].

Learned Hand (1901). Historical and Practical Considerations regarding Expert Testimony [Historical and Practical Considerations regarding Expert Testimony]. Harvard Law Review. 1901, vol. 15, no. 1 (May), pp. 40–58.

Dekret № 1 Soveta Narodnikh Komyssarov «O sude» (1917) [Decree No. 1 of the Council of People's Commissars "On the Court"]. *Hazeta Vremennoho Rabocheho y Krestianskoho Pravytelstva*. no. 17 (7 dekabria (24 noiabria)) [in Russian].

Dekreti Sovetskoi vlasty (1957) [Decrees of the Soviet government]. Moskva: Hos. yzd-vo polyt. lyteraturi. vol. I: 25 oktiabria 1917 h. – 16 marta 1918 h. [in Russian].

Tsyvilnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy (1963) [Civil Procedural Code of Ukraine]. *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSR*, no 30. st. 464. Available at: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KD0009.html (accessed 14 January 2020).

Belohlavek, A.Y. (2011). Eksperti v mezhdunarodnikh uslovyiakh (v hrazhdanskykh y uholovnikh sudebnikh protsessakh, arbytrazhnikh y ynvestytsyonnikh razbyratelstvakh) [Experts in international conditions (in civil and criminal trials, arbitration and investment proceedings)]. Kyev : Takson [in Ukrainian].

Brawn, D. (2005). Oral Evidence and Experts in Arbitration. B: Dossier of the ICC Institution of World Bussiness Law Arbitration and Oral Evidence, Paris. p. 77.

Ynformatsyia o hosudarstvakh, stavshykh uchastnykamy Konventsyy, na veb-saite Komyssyy Orhanyzatsyy Obiedynennikh Natsyi po pravu mezhdunarodnoi torhovly (2020) [Information on States Parties to the Convention is available on the website of the United Nations Commission on International Trade]: Available at: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_ status.html (accessed 14 January 2020).

Резюме

Федчишин А.А. **Генезис законодавства про третейські суди і міжнародний комерційний арбітраж.**

У статті представлено історичний розвиток законодавства про третейські суди і міжнародний комерційний арбітраж. Третейський розгляд, як один із найдавніших інститутів альтернативного судочинства, неодноразово зазнавав докорінних змін, що стосувалися порядку його призначення, форм здійснення та власне суб'єктів судочинства. Дослідження періодів історичного і правового становлення третейських та арбітражних судів на території сучасної України допомогло виділити основні передумови створення таких інституцій, визначити роль держави та ступінь участі громадянського суспільства в цьому тривалому процесі. Вказано особливості експертного забезпечення на кожному з періодів історичного та правового становлення третейських та арбітражних судів на теренах сучасної України.

Ключові слова: третейський суд, міжнародний комерційний арбітраж, експертне забезпечення, третейський розгляд, альтернативне судочинство.

Резюме

Федчишин А.А. **Генезис законодательства о третейских судах и международном коммерческом арбитраже.**

В статье представлено историческое развитие законодательства о третейских судах и международном коммерческом арбитраже. Третейское разбирательство, как один из древнейших институтов альтернативного судопроизводства, неоднократно подвергался существенным изменениям, касающимся порядка его назначения, форм осуществления и собственно субъектов судопроизводства. Исследование периодов исторического и правового становления третейских и арбитражных судов на территории современной Украины позволило выделить основные предпосылки создания таких институтов, определить роль государства и степень участия гражданского общества в этом длительном процессе. Указаны особенности экспертного обеспечения на каждом из периодов исторического и правового становления третейских и арбитражных судов на территории современной Украины.

Ключевые слова: третейский суд, международный коммерческий арбитраж, экспертное обеспечение, третейское разбирательство, альтернативное судопроизводство.

Summary

Andriy Fedchyshyn. **The Genesis of Arbitration Laws and International Commercial Arbitration.**

The article presents the historical development of arbitration law and international commercial arbitration. Arbitration, as one of the oldest institutes of alternative litigation, has repeatedly undergone fundamental changes regarding the procedure for its appointment, forms of exercise and the very subjects of litigation. The study of the periods of historical and legal formation of arbitration and arbitration courts in the territory of modern Ukraine made it possible to identify the basic prerequisites for the creation of such institutions, to determine the role of the state and the degree of participation of civil society in this long process. The peculiarities of expert support at each of the periods of historical and legal formation of arbitration and arbitration courts in the territory of modern Ukraine are indicated.

The formation of arbitral tribunals, as a form of resolution of legal conflicts, to some extent prevented the strengthening of centralized power, in particular the judiciary, the state could not coexist with a strong private jurisdiction that competed with the state judicial system.

The establishment of arbitral tribunals in the territory of modern Ukraine, as a modern toolkit for the implementation of alternative forms of justice, is a consequence of the long historical and legal development of the state and society, which was in some way influenced by a set of factors such as: the over-formalization of the judiciary (which often prevented the imposition of); Western democracy (which accelerated the government's desire to reform and legislate democratic foundations); and certainly the ongoing development of civil society.

With the adoption of the Law of Ukraine "On Arbitration Courts" by the Verkhovna Rada of Ukraine on May 11, 2004, for the purpose of the correct resolution of the dispute, the procedure for conducting expert examination was clarified for the first time to clarify issues requiring the use of special knowledge by an arbitral tribunal as an institution, as an appropriate non-state independent body.

The use of alternative ways of resolving disputes is increasingly controversial in modern legal science. However, Ukraine's legal field allows alternative institutions to operate in accordance with international standards. The approaches to proving and assigning expertise in international arbitration practice vary, depending on the legal culture.

Key words: arbitration court, international commercial arbitration, expert support, arbitration, alternative proceedings.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.69
УДК 347

ЯКУБ СТЕЛИНА

Якуб Стелина, *професор Гданьского университету*[*]

ORCID: 0000-0003-2871-1413

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ЗАНЯТОСТИ ЛИЦ, ЗАНИМАЮЩИХ ВЫСШИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ДОЛЖНОСТИ

1. В современном мире лица, занимающие самые высокие должности в аппарате власти и управления в данной стране (например, президент, премьер-министр, члены правительства, депутаты), обычно не выполняют возложенные на них обязанности на общественных началах. Определенным минимумом прав, связанных с выполнением публичных функций, является право на вознаграждение, а также другие права, смоделированные по образцу трудовых прав работников (в частности, некоторые формы права на отдых или участие в системе социального страхования). Это вызвано прежде всего необходимостью обеспечения наиболее важным политикам надлежащих условий для выполнения своих функций. И зачастую закон запрещает таким лицам заниматься другой профессиональной деятельностью хотя бы из-за возможного конфликта интересов. Поэтому целесообразно поставить вопрос о профессиональном статусе лиц, выполняющих важнейшие государственные функции. Если мы согласны с тем, что в их случае речь идет о какой-то форме трудоустройства, то следует рассмотреть природу правовых отношений, в соответствии с которыми эти «трудовые» права предоставляются. Конечно, трудоустройство может быть выполнено в различных правовых формах[2], причем довольно широко используются два основных типа отношений – трудовые отношения и служебные отношения, что выражается в различии двух отраслей права, связанного с трудоустройством – трудового права и служебного права. В таких странах, как Германия, Франция, Италия, Испания и Португалия, служебное право является частью административного права, а должностные лица имеют статус госслужащих. Работодателем выступает государство, а их правовое положение регулируется специальным законодательством публично-правового характера. Поэтому они не подпадают под действие трудового права, которое в принципе рассматривается как частное право[3].

Эта двойная система трудоустройства действовала также в Польше после 1918 года. Подражая конструкциям немецкого служебного права, разработанным в конце XIX в., польское право того времени, касающееся служащих, предусматривало, что правовые отношения между гражданами, выполняющими различные государственные задачи, и государством будут служебными отношениями. Такая, установленная законом, квалификация была не только теоретической и не ограничивалась просто использованием особой терминологии, поскольку публично-правовой характер трудоустройства определял как конкретную форму позиций сторон в служебных отношениях, так и неприменение к ним правовых инструментов, типичных для частного права, таких как договорное или коллективное регулирование условий труда. После Второй мировой войны в новой системной реальности модель занятости государственных служащих постепенно изменялась. Не вдаваясь в подробный анализ этих процессов, можно, однако, отметить, что в конечном итоге они привели к формированию двух отдельных правовых режимов трудоустройства в администрации: а) публично-правового, основанного на модифицированном служебном отношении, возникающем вследствие назначения, и б) трудового, основанного на конструкции договорного трудового отношения. В результате на протяжении многих лет правовой статус государственных служащих оставался дифференцированным, хотя на самом деле их фактическое положение было схожим. Должностные лица, нанятые на основании назначения, были чиновниками, в то время как служащие, работающие по контракту, являлись сотрудниками (работниками). Более того, со временем формальный статус лиц, выполняющих работу в учреждениях на основе назначений и трудовых договоров, стал более единообразным. Доктриной уже в 1950-е гг. стали высказываться взгляды[4], что положения трудового законодательства должны распространяться на всех и, таким обра-

© Якуб Стелина, 2019

[*] ***Jakub Stelina,*** *Professor of the University of Gdansk*

зом, сближать правовое положение лиц, выполняющих оплачиваемый труд, независимо от его правовой основы и характера нанимающей стороны. Идеологические соображения также были важны: с одной стороны, трудовое право рассматривалось как одно из социальных достижений и, таким образом, как элемент прогресса и улучшения положения трудящихся, происходящего благодаря введению новой системы. С другой стороны, публичное право, касающееся служащих, воспринималось как пережиток старой системы, ставившей их в привилегированное положение. На самом деле речь шла скорее об отмене ограничений, препятствующих ведению кадровой политики новыми властями. В довоенных положениях относительно государственных служащих, к кандидатам на государственную службу предъявлялись высокие квалификационные требования, с которыми зачастую не могли справиться выдвиженцы компартии. К тому же препятствием для формирования административного аппарата в соответствии с ожиданиями новой власти были многочисленные правовые гарантии, стабилизирующие занятость должностных лиц – они могли увольняться лишь в строго определенных случаях. Вот почему новая политическая команда, управлявшая Польшей с 1944 г., отказывалась от классического служебного права и продвигала более прогрессивные формы решения трудового права. В результате соответствующие изменения в правилах, сначала на местном уровне в 1968 г., а затем и на центральном в 1975 г., привели к исчезновению отличия права, касающегося государственных служащих, и подчинению их правового статуса положениям Трудового кодекса[5]. Не изменился, однако, характер занятости служащих военизированных служб (т.е. военнослужащих и спецназовцев), которые так и остались в служебных отношениях. Этот юридический дуализм, сформировавшийся в Польской Народной Республике, остался с незначительными изменениями и после политических преобразований, которые начались в конце 1980-х и начале 1990-х годов.

Таким образом, польское служебное право, в отличие от других западноевропейских стран, с точки зрения систематики относится к трудовому праву, а основанием для этой квалификации является то, что государственные служащие остаются в трудовых отношениях.

2. Рассматривая проблему характера работы лиц на высших государственных должностях, мы интуитивно обращаем внимание на служебное право. Однако было бы трудно рассматривать этих лиц в качестве чиновников в юридическом смысле. Это правда, что в журналистике их называют наиболее важными чиновниками государства, сами политики также любят говорить о себе как о служащих или даже слугах нации, однако эти определения не являются юридическими терминами. На юридическом языке служащие – это люди, которые выполняют существенные задачи государства, а не лица, занимающие политические (управленческие) должности. Вот почему служебный (мериторический) корпус и политический корпус (связанный с осуществлением публичной власти) следует различать очень точно. Разделение администрации и политической сферы в настоящее время рассматривается как стандарт демократического государства, управляемого законом. В польском законодательстве этот принцип был четко сформулирован в Конституции, которая в ст. 153 предусматривает аполитичное и беспристрастное выполнение задач служащими государственной службы. Политики, занимающие государственные должности, избираются (прямо или косвенно) гражданами, исполнительные (административные) кадры обычно формируются в результате открытого и конкурсного набора. Поэтому возникает вопрос о профессиональном статусе членов политического корпуса и, в частности, о том, может ли выполнение ими их должностных обязанностей квалифицироваться как занятость. И если да, то какой характер следует приписывать такой работе. Стоит изучить решения в этом вопросе, существующие в отдельных европейских странах.

3. В Германии государственная служба в узком смысле в первую очередь включает государственных служащих (*Beamte*), в широком смысле – также судей и кадровых солдат, которые работают постоянно. Из-за отсутствия постоянства чиновниками не являются лица, не имеющие оплачиваемой государственной работы (члены локальных советов или лица, отбывающие обязательную военную службу). Сектор государственной службы также не включает федерального президента, членов федерального правительства и правительств федеральных земель, парламентских секретарей, а также членов федерального (*Bundestag*) и региональных (*Landtage*) парламентов. Они находятся не в служебных отношениях, а в публичных официальных отношениях, регулируемых конституцией и специальными законами. Кадровые солдаты и судьи также имеют особый правовой статус, определяемый отдельным законодательным актом[6].

Аналогичная система применяется во Франции. Государственные чиновники остаются на государственной службе на основании акта назначения. Следовательно, они, в принципе, не подпадают под действие трудового законодательства. В своих основных рамках государственная служба подразделяется на государственную, территориальную и больничную. У каждой из них – отдельный автономный статус публично-правового характера[7]. Таким образом, государственные служащие не являются однородной группой[8]. Хотя государственная служба включает в себя широкий круг государственных служащих, в нее не входят лица, избранные на выборах в политические органы, а также лица, принадлежащие к органам исполнительной власти государства (например, президент Республики, члены правительства). Эти лица имеют особый правовой статус[9].

В Испании также существует разделение занятости на государственную и частную, хотя под воздействием многих факторов в последние годы наблюдается распространение в публичных субъектах некоторых решений из области трудового права (например, профсоюзов)[10]. Доктрина испанского служебного права (*derecho de la función pública*) различает несколько основных групп физических лиц, составляющих государственный аппарат. Помимо самой большой группы должностных лиц (*empleo público*) и членов различ-

ных типов консультативных органов, волонтеров и сотрудников, мы также имеем дело с людьми, которые выполняют политические или управленческие функции на национальном, региональном или местном уровнях. Лица, принадлежащие к последней группе, избираются гражданами прямо или косвенно или назначаются органами с демократической легитимностью. Они включают, среди прочих, членов национального парламента (депутатов и сенаторов) и региональных парламентов (автономных земель, так называемых *Comunidades Autónomas*), членов национальных и региональных правительств, депутатов провинций и членов других местных корпораций, мэров и советников, а также лиц, занимающих должности в органах, предусмотренных в Конституции (например, в Конституционном суде, Генеральном совете судебных властей, Счетной палате и т. д.). Как подчеркивается в литературе, эти лица имеют особый правовой статус, регулируемый законом. Характерной чертой, которая предопределяет их положение, отличая от служащих, является временный характер функции в зависимости от срока полномочий или сохранения доверия назначающего субъекта[11].

Лица, исполняющие функции государственных органов, имеют особый статус и во многих других странах. Например, в Российской Федерации была введена отдельная категория государственных должностей, представляющих собой должности, определяемые Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, служащими непосредственно для осуществления полномочий государственных органов на федеральном уровне, и должности, установленные уставами и законами для непосредственного осуществления полномочий государственных органов субъектов Российской Федерации. Здесь могут быть упомянуты, например, такие государственные должности, как: Президент Российской Федерации, Председатель Совета Федерации Федерального Собрания, Председатель Государственной Думы Федерального Собрания, Председатель Правительства Российской Федерации, федеральный министр, судья Конституционного Суда Российской Федерации, судья Верховного Суда Российской Федерации, судья Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, судья федерального суда, генеральный прокурор РФ и другие. Лица, занимающие эти должности, не имеют статуса государственных служащих[12]. Аналогичным образом регулировался статус лиц, выполняющих важнейшие государственные функции, в Чешской Республике. Вопрос трудоустройства госслужащих регулируется там Законом о государственной службе 2014 г., но в соответствии с его § 2 абз. 1 закон не касается членов правительства, Совета по телерадиовещанию, руководителей Совета Управления по защите конкуренции, чешской Инспекции по защите персональных данных и других руководителей центральных учреждений. К этим лицам применяются особые правила, в том числе в отношении вознаграждения, зато они рассматриваются как работники для целей социального обеспечения[13].

Четкое разделение трудоустройства госслужащих и политиков происходит в британской правовой системе. Государственная служба там включает только персонал, нанятый Короной, но не имеющий политического характера[14]. Таким образом, под государственными служащими (*civil servants*) понимаются «служащие Короны», за исключением лиц, занимающих политические или судебные должности[15]. Они образуют постоянный административный корпус центрального правительства. По этим причинам члены правительства (*political ministers*) не имеют статуса государственных служащих[16]. Судьи и военные обладают особым статусом. Аналогичная ситуация возникает в Ирландии, где судьи и лица, выполняющие политические функции, не входят в состав корпуса государственной службы[17].

4. В Польше, несмотря на различия, связанные с природой служебного права, которое, как было сказано выше, в отличие от Германии, Франции или Испании, является частью трудового права, положение политиков, занимающих наиболее важные должности в государстве, очень похоже на ситуацию в раньше упомянутых странах. Как правило, эти лица, за некоторыми исключениями, имеют особый правовой статус, поэтому они не являются ни работниками в смысле трудового права, ни должностными лицами в смысле административного права. В польской правовой доктрине была создана концепция нового типа занятости, которая не является ни занятостью, характерной для работников, ни служебной занятостью. Речь идет о т.н. занятости конституционно-правового характера. Лица, выполняющие работу этого типа, не имеют характера ни работников, ни служащих. Это означает, что к ним непосредственно применяются положения Конституции или специальных законодательных актов, а не требования трудового или административного (служебного) права. Лицами, которые в соответствии с польским законодательством имеют такой особый правовой статус, являются, например: президент Республики Польша, премьер-министр, члены Совета министров, депутаты, сенаторы, члены местных органов власти, омбудсмен и другие лица, выполняющие функции государственных органов, предусмотренных Конституцией. Перечисленные лица находятся в так называемых организационно-правовых отношениях, содержанием которых являются права и обязанности, связанные с выполнением задач данного органа, и, в очень ограниченной степени, также права, присущие работникам. Пример таких прав – право на вознаграждение, регулируемое Законом о вознаграждении лиц, занимающих государственные руководящие должности, а в отношении парламентариев – права на пособия, предусмотренные Законом об исполнении мандата депутата и сенатора (например, право на оклады и надбавки, право на медицинские услуги, право на пенсию по возрасту, право на социальные пособия).

5. Таким образом, можно сделать вывод, что, несмотря на многие различия, существующие между отдельными странами, когда речь идет о занятости в публичной сфере, исполнительная (административная) сфера, которая является областью функционирования служебного аппарата, отделяется, как правило, от сферы политической занятости лиц, занимающих высшие руководящие должности в государстве или являющихся членами представительных органов. Такие лица имеют особый правовой статус. Если предположить,

что они остаются в отношениях занятости, то это другие правовые отношения, чем трудовые или служебные. В Польше их принято называть «отношениями занятости конституционно-правового характера».

---

[1] Настоящий текст был создан в результате реализации исследовательского гранта Национального научного центра – номер UMO-2014/13B/HS5/03558.

[2] Более подробно автор пишет об этом в книге: *Stosunki pracy osób pełniących funkcje organów państwa*, Warszawa 2016.

[3] В настоящее время различия в правовом статусе работников и чиновников меньше, чем были раньше, хотя, конечно, продолжают существовать. Частичное сближение статуса обеих этих профессиональных групп касалось вначале свободы профсоюзной деятельности (предоставления служащим права создавать профсоюзы), а затем прав, вытекающих из законодательства, создаваемого в связи с европейской интеграцией. Социальное право Европейского Союза все чаще использует концепцию работника в трансграничном смысле, включающем в себя государственных должностных лиц. Феномен распространения прав работников на госслужащих называется «лаборизацией» служебного права.

[4] Ср. *M. Święcicki* [в:] *Z. Salwa*, *W. Szubert*, *M. Święcicki*, Podstawowe problemy prawa pracy, Warszawa 1957. S. 21–22.

[5] Ср. *T. Zieliński*, Stosunek pracy i stosunek służbowy w administracji państwowej [в:] Pracownicy administracji w PRL, *J. Łętowski* (ред.), Ossolineum 1984. S. 101.

[6] F. Wagner, *Beamtenrecht*, Heidelberg 2002. P. 2.

[7] J.-M. Auby, J.-B. Auby, J.-P. Didier, A. Taillefait, *Droit de la fonction publique*, Paris 2012. P. 52 и др.

[8] F. Melleray, *Droit de la fonction publique*, Paryż 2013. P. 125 и др.

[9] J.-M. Auby, J.-B. Auby, J.-P. Didier, A. Taillefait, *Droit de la fonction*... P. 32.

[10] A.M. Valverde, F. Rodriguez-Sańudo Gutiérez, J. Garcia Murcia, *Derecho del trabajo*, Madryt 2014. P. 51.

[11] M. Sánchez Morón, *Derecho de la función pública*, Madryt 2013. P. 17.

[12] Е.В. Масленникова, М.В. Пресняков, Л.Н. Тамаринова, Ц.Е. Уанов, *Государственная гражданская служба в Российской Федерации*, Изд. Ос-89 2006. С. 29.

[13] M. Bělina (в:) M. Bělina, L. Drápal, *Zákoník práce. Komentář*, Praga 2015. S. 61 и др.; A. Kottnauer, *Pochybnosti o ústavnosti nového zákona o státní službě* (в:) A. Kottnauer, J. Přib, H. Úlehlová, L. Tomandlová: *Zákon o státní službě*, Ostrawa 2015. S. 19 и след.; P. Machálek, *Služební poměry* (в:) M. Galvas и др., *Pracovní právo*, Brno 2012. S. 131 и др.

[14] W. Wade, *Administrative Law*, Oxford 1988. P. 54 и др.

[15] S. Fredman, G.S. Morris, *The State as Employer. Labour Law in the Public Services*, London–New York 1989. P. 21.

[16] R. Watt (в:) *The Nature of the* Crown. *A Legal and Political Analysis*, M. Sunkin, S. Payne (ред.), Oxford 1999. P. 311.

[17] B. Gallagher, C. Maguire, *Civil Service Regulation*, Dublin 2011. P. 10.

Резюме

***Якуб Стеліна.* Правова природа зайнятості осіб, які займають вищі державні посади.**

Незважаючи на багато розходжень, які існують між окремими країнами, коли йдеться про зайнятість у публічній сфері, виконавча (адміністративна) сфера, яка є сферою функціонування службового апарату, відокремлюється, як правило, від сфери політичної зайнятості осіб, які займають вищі керівні посади в державі або є членами представницьких органів. Такі особи мають особливий правовий статус. Якщо припустити, що вони залишаються у відносинах зайнятості, то це інші правові відносини, ніж трудові чи службові. У Польщі для них прийнято назву «відносини зайнятості конституційно-правового характеру».

Ключові слова: особи, що займають високі державні посади, Закон про державну службу, державна зайнятість, трудові відносини.

Резюме

***Якуб Стелина.* Правовая природа занятости лиц, занимающих высшие государственные должности.**

Несмотря на многие различия, которые существуют между отдельными странами, когда речь идет о занятости в публичной сфере, исполнительная (административная) сфера, которая является областью функционирования служебного аппарата, отделяется, как правило, от сферы политической занятости лиц, занимающих высшие руководящие должности в государстве или являющихся членами представительных органов. Такие лица имеют особый правовой статус. Если предположить, что они остаются в отношениях занятости, то это другие правовые отношения, чем трудовые или служебные. В Польше для них принято название «отношений занятости конституционно-правового характера».

Ключевые слова: лица, занимающие высокие государственные должности, Закон о государственной службе, государственная занятость, трудовые отношения.

Summary

***Jakub Stelina.* Legal nature of employment of persons holding senior state positions.**

Despite the many differences that exist between different countries when it comes to employment in the public sphere, the executive (administrative) sphere, which is the area of functioning of the office apparatus, is separated, as a rule, from the sphere of political employment of persons holding senior management positions in the state or being members of representative bodies. Such persons have a special legal status. If we assume that they remain in a relationship of employment, then this is a different legal relationship than labor or service. In Poland, the name "constitutional-legal employment relationship" is accepted for them.

Key words: Persons holding senior state positions, Civil Service Law, Public employment, Labour relationship.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.70
УДК 342.61

Т.А. БАРІЛОВСЬКА

Таїсія Андріївна Баріловська, *студентка Інституту післядипломної освіти Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]
ORCID: 0000-0002-9472-9593

ЗОВНІШНІ ФУНКЦІЇ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ

Постановка проблеми. Актуальність теми зумовлена особливим конституційним положенням Президента України в системі державної влади України. Так, Президент є гарантом Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, незалежності України та цілісності її території[1]. Саме він виступає головною силою, яка задає загальний вектор роботи всього державного механізму. У силу цього функції та правовий статус Президента України мають бути особливо ретельно продуманими.

Разом із тим, правове регулювання діяльності Президента України поки не володіє достатнім рівнем розгорнутості, глибини та впорядкованості. Норми, що становлять інститут президентства, містяться у великій кількості різних правових актів, слабо систематизовані. Збереження недоліків названого регулювання визначається, поряд з іншими причинами, недостатнім науковим опрацюванням питань про місце та роль Президента в системі влади в Україні, природі й елементному складі його статусу. Вимагають подальшого вивчення питання про значення і зміст конституційних норм, присвячених Президенту України, функцій, повноважень, напрями його внутрішньої систематизації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вчені – теоретики держави і права, конституційного, адміністративного права та права публічного управління у монографіях, підручниках та наукових статтях розробили теоретичні основи вчення про державну владу, витоки становлення державності, базові засади конституційного права України, а також окремих інститутів конституційного права, включаючи інститут президентства. Серед науковців, які досліджували питання правового статусу Президента України, його функцій, повноважень, необхідно назвати таких, як: Ю. Барабаш, Д. Бєлов, Ф. Бурчак, О. Даниляк, А. Кудряченко, В. Скрипнюк, О. Спірін, В. Сухонос, Ю. Тодика, А. Яковлєв, Ю. Михайлова, П. Рудик, В. Сазонов та багатьох інших.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає у з'ясуванні зовнішніх функцій Президента України в контексті забезпечення безпеки держави.

Виклад основного матеріалу. Сучасний світ переживає фундаментальні й динамічні зміни, які глибоко зачіпають інтереси України, її громадян. Глобалізація світової економіки, що породжує ризик залежності економічної системи України від впливу ззовні, загострення проблеми нерозповсюдження зброї масового знищення, зростання міжнародного тероризму, прагнення окремих держав перетворити світ в однополярний – це далеко не повний перелік тенденцій, що загрожують міжнародному миру і безпеці в цілому та нашій державі зокрема.

Аналіз теоретичних основ такого роду діяльності передбачає врахування взаємозв'язку нових тенденцій і перспектив розвитку України і міжнародного життя в контексті динамічного оновлення, що носить відбиток наступності українського зовнішньополітичного курсу. Юридична наука досить активно оперує поняттям «функція». Дана категорія не завжди використовується законодавцем при формуванні компетенції державних органів, посадових осіб, але завжди мається на увазі при закріпленні за учасниками правових відносин певних повноважень. Конституція України практично не використовує таку категорію, як функція.

Законодавець не застосовує термін «функція» при характеристиці напрямів діяльності виконавчих органів влади. Закріплюючи компетенцію вищих органів державної влади, він оперує такими правовими кон-

© Т.А. Баріловська, 2019

[*] ***Taisiia Barilovska,*** *student of the Institute of Postgraduate Education of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

струкціями, як «загальні повноваження», «повноваження», «питання», «предмети ведення, управління» тощо[2].

У функціях глави держави відбивається соціальне призначення цього інституту, об'єктивна необхідність здійснення ним суспільно корисної, соціально обумовленої представницької й правотворчої діяльності. Правильне розуміння функцій глави держави є важливим і для практики державно-правового будівництва, оскільки точне їх визначення сприяє виразному визначенню цього інституту при реалізації державних функцій. Без вирішення питання про функції глави держави важко окреслити пріоритетні напрями та обсяг, характер і зміст його діяльності.

З урахуванням того, що функції Президента визначають основні напрями його діяльності, в юридичній літературі, існує низка підстав для їх класифікації. Для прикладу розглянемо одну із них. Зокрема, В. Погорілко, розглядаючи питання класифікації функцій Президента, пропонує таку типологію для класифікації:

– за об'єктом (сферою діяльності, об'єктні функції) – зовнішні та внутрішні функції держави;

– за способами, засобами й умовами діяльності (владні функції) – законодавчу, виконавчу, судову і контрольно-наглядову функції[3].

Механізм здійснення зовнішніх функцій Української держави відрізняється складною структурою відносин, що знаходяться у взаємозв'язку і взаємодії. Особливе місце в розглянутому механізмі займає Президент України, який відповідно до закріплених у Конституції України і законодавстві повноважень очолює даний механізм і координує роботу його ланок.

Зовнішньополітична діяльність Президента України ґрунтується на загальних принципах поділу влади, верховенства закону, конституційної відповідальності, а також на спеціальних принципах єдності зовнішньої політики і підтримки зовнішньополітичного курсу[4]. З метою вдосконалення роботи очолюваного Президентом України механізму здійснення зовнішніх функцій держави необхідні заходи, спрямовані на активізацію зовнішньополітичної діяльності й підвищення самостійності Уряду України, розвиток наукової складової даного механізму.

Процес здійснення зовнішніх функцій держави передбачає наявність відповідного механізму, що включає в себе різнорідні за своїм завданням, правовим статусом, організацією та іншими ознаками елементи, які, в свою чергу, взаємопов'язані та взаємодіють між собою. Президент України займає особливе місце в цьому механізмі. Відповідно до Конституції України він здійснює керівництво зовнішньою політикою країни і як глава держави представляє Україну в міжнародних відносинах[5].

З урахуванням конституційних положень, виходячи зі спрямованості й форм здійснення Президентом України своїх повноважень у зовнішньополітичній сфері, правомірно виділити наступні групи його повноважень у сфері здійснення зовнішніх функцій України:

1) щодо визначення основних напрямів зовнішньої політики;

2)за поданням України в міжнародних відносинах;

3) у сфері оборони країни[6].

Характер даних повноважень, їх коло і зміст визначаються особливою роллю Президента в державному механізмі. Разом із тим це не означає, що зовнішньополітичні повноваження глави держави носять абсолютний характер. Він покликаний здійснювати керівництво зовнішньою політикою, вступаючи у взаємини з іншими органами державної влади на основі загальних конституційних принципів – поділу влади, верховенства закону, конституційної відповідальності.

Елементи конституційно-правового статусу Президента України за їх значенням можна розділити на основні і додаткові (службові). До першої групи входять ціннісно-функціональне призначення Президента, його повноваження, публічні права. До додаткових елементів слід віднести забезпечення виконання функцій і повноважень Президента, гарантії його діяльності й відповідальність. У числі основних елементів статусу Президента України особливо виділяється ціннісно-функціональне призначення Президента, що є головним системоутворюючим елементом названого статусу[7].

Президент України має можливості для ефективного здійснення своєї ідеологічної функції. Це – його виступи з доповідями на різного роду форумах, затвердження державних програм, концепцій та директив. Значні можливості випливають з його права підписувати закони, прийняті Парламентом країни. У порядку, встановленому Конституцією, він має право повернути закон або окремі його положення зі своїми запереченнями. Він має право скасовувати акти Уряду, призупиняти рішення місцевих Рад депутатів та скасовувати рішення місцевих виконавчих і розпорядчих органів у разі невідповідності їх законодавству. Все це відіграє колосальну роль у здійсненні ним не лише внутрішніх, а й зовнішніх функцій.

На прикладі України можна простежити функції гарантування безпеки саме Президентом України. Сучасний етап розвитку України та антитерористичної операції, яка затягнулася на кілька років, дає змогу побачити та зрозуміти роль зовнішніх функцій Президента України у контексті забезпечення безпеки. Акції терористичних організацій спрямовані не тільки на загострення обстановки в конкретному регіоні, а й на захоплення влади, територіальний переділ, насильницьку зміну конституційного ладу.

Слід також зазначити, що зважаючи на значні труднощі, проблема боротьби з тероризмом повинна носити загальнодержавний характер. Попередження тероризму має включати широке коло соціальних, політичних, економічних, юридичних та інших перетворень на основі ретельно опрацьованих з кримінологічної точки зору і всебічно обґрунтованих рішень. Важливим аспектом є міжнародне співробітництво в боротьбі з тероризмом. Боротьба з тероризмом спонукає світову спільноту до пошуку шляхів проведення скоордино-

ваної діяльності та вироблення єдиної концепції боротьби з тероризмом. Саме тут і включається Президент України з виконанням своїх зовнішніх функцій[8].

Тероризм становить загрозу національній безпеці Україні в духовній сфері, порушуючи збереження і зміцнення моральних цінностей суспільства, традицій патріотизму і гуманізму, культурного потенціалу країни. Терористичні виклики ускладнюють духовне відродження багатонаціонального народу України, несуть загрозу конституційним правам і свободам людини і громадянина у сфері духовного життя, а також індивідуальній, груповій та громадській свідомості[9].

Щодо суб'єктів та об'єктів стратегічного планування, то відповідно до чинного законодавства суб'єктами стратегічного планування у сфері національної безпеки в межах наданих повноважень є:

– Верховна Рада України;

– Президент України;

– Кабінет Міністрів України;

– Рада національної безпеки і оборони України;

– центральні органи виконавчої влади, які здійснюють керівництво Збройними Силами України та іншими військовими формуваннями; Генеральний штаб Збройних Сил України;

– місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування;

– урядові комісії, міжгалузеві та відомчі робочі групи[10].

Цей фактор знову ж таки підкреслює функцію забезпечення безпеки Президентом України, в тому числі і на міжнародному рівні. Президент України є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України. Щодо виконання цієї функції Президент України вносить до Верховної Ради України подання про оголошення стану війни та в разі збройної агресії проти України приймає рішення про використання Збройних Сил України та інших утворених відповідно до законів України військових формувань; приймає відповідно до закону рішення про загальну або часткову мобілізацію та введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях у разі загрози нападу, небезпеки державній незалежності України; є Верховним Головнокомандувачем Збройних Сил України; призначає на посади та звільняє з посад вище командування Збройних Сил України, інших військових формувань; здійснює керівництво у сферах національної безпеки та оборони держави.

Повноваження Президента України у сфері оборони країни, будучи тісно пов'язані з іншими зовнішньополітичними повноваженнями глави держави, мають свою специфіку. Вони схильні до більш жорсткого й детального правового регулювання, ґрунтуються, поряд із загальними конституційними принципами, також на таких спеціальних принципах, як єдність політичного і військового керівництва, підконтрольність військових структур главі держави, централізація державного управління Збройними Силами України; повноваження, пов'язані із застосуванням заходів щодо відображення агресії або ліквідації її безпосередньої загрози, мають тимчасовий характер.

Висновки. Логіка сучасного етапу розвитку міждержавних відносин переконливо підтверджує, що з метою ефективного зміцнення загального миру і міжнародної безпеки обов'язково повинна бути вироблена єдина стратегія взаємодії та регламентації зовнішніх функцій та повноважень президентів на міжнародному рівні в питаннях забезпечення цієї безпеки.

Мабуть, однією з найважливіших функцій в діяльності Президента України на міжнародному рівні є саме зовнішня функція щодо забезпечення безпеки. Поки держава не буде мати безпеку власної території, кордонів, не будуть важливі інші функції, адже саме безпека є гарантом стабільності, а отже, і можливістю забезпечення інших функцій.

---

[1] Див.: Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

[2] Див.: Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Київ: Наук. думка, 2007. 338 с.

[3] Там само.

[4] Теоретико-методологічні засади забезпечення національної безпеки держави у її визначальних сферах : монографія / В.Ю. Богданович, А.І. Семенченко, Ю.В. Єгоров, О.О. Бортник. Київ : Кий, 2007. 370 с.

[5] Див.: Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

[6] Див.: Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Київ: Наук. думка, 2007. 338 с.

[7] Див.: Сухонос В.В. Механізм реалізації функцій голови держави. *Правовий вісник Української академії банківської справи.* 2010. № 1 (3). С. 8–14.

[8] Див.: Власюк О.С. Національна безпека України: еволюція проблем внутрішньої політики: вибр. наук. пр. Київ: НІСД, 2016. 527 с.

[9] Див.: Ковбасюк Ю.В., Ситник Г.П. Виклики й загрози національній безпеці у контексті геополітичного та геоекономічного вибору України: матеріали круглого столу (Київ, 3 груд. 2014 р.) / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України, Каф. глобалістики, євроінтеграції та упр. нац. безпекою. Київ: НАДУ, 2014. 161 с.

[10] Див.: Про національну безпеку України: Закон України від 21.06. 2018 р. № 2469-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19

References:

Konstytutsiia Ukrainy. (1996). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy [in Ukrainian].

Bohdanovych, V.Y., Semenchenko, A.I., Yehorov, Y.V., Bortnyk, O.O. (2007). Teoretyko-metodolohichni zasady zabezpechennia natsionalnoi bezpeky derzhavy u yii vyznachalnykh sferakh. Kyiv: KYI [in Ukrainian].

Pohorilko, V.F., Fedorenko, V.L. (2007). *Konstytutsiine pravo Ukrainy*. Kyiv: Nauk. dumka [in Ukrainian].

Sukhonos, V.V. (2010). Mekhanizm realizatsii funktsii holovy derzhavy. *Pravovyi visnyk Ukrainskoi akademii bankivskoi spravy.* 5(3), 8–14 [in Ukrainian].

Vlasiuk, O S. (2016). Natsionalna bezpeka Ukrainy: evoliutsiia problem vnutrishnoi polityky. Kyiv: NISD [in Ukrainian].

Kovbasiuk, Y.V., Sytnyk, H.P. (2014). Vyklyky y zahrozy natsionalnii bezpetsi u konteksti heopolitychnoho ta heoekonomichnoho vyboru Ukrainy: materialy kruhloho stolu. Kyiv: NADU [in Ukrainian].

Pro natsionalnu bezpeku Ukrainy: Zakon Ukrainy (2018, June 21). № 2469-VIII [in Ukrainian].

Резюме

Баріловська Т.А. **Зовнішні функції Президента України в контексті забезпечення безпеки держави.**

У статті досліджено роль та статус Президента України в контексті забезпечення безпеки держави на прикладі здійснення зовнішньої функції. Розкрито позиції щодо гарантування безпеки України на міжнародному рівні в контексті реалізації Президентом України своїх повноважень у сфері безпеки та оборони країни.

Ключові слова: національна безпека, Президент України, повноваження, функції, зовнішня функція, функції Президента України.

Резюме

Бариловская Т.А. **Внешние функции Президента Украины в контексте обеспечения безопасности государства.**

В статье исследованы роль и статус Президента Украины в контексте обеспечения безопасности государства на примере осуществления внешней функции. Раскрыты позиции по обеспечению безопасности Украины на международном уровне в контексте реализации Президентом Украины своих полномочий в сфере безопасности и обороны страны.

Ключевые слова: национальная безопасность, Президент Украины, полномочия, функции, внешняя функция, функции Президента Украины.

Summary

Taisiia Barilovska. **External functions of the President of Ukraine in the context of ensuring the security of the state.**

The purpose of the article is to clarify the external functions of the President of Ukraine in the context of ensuring the security of the state.

The mechanism of performing the external functions of Ukraine is characterized by the complex structure of interrelated and interacting relations. Of particular importance in this mechanism is the President of Ukraine, who, in accordance with the powers enshrined in the Constitution of Ukraine and Ukrainian legislation, heads this mechanism and coordinates the operation of its parts.

The foreign policy activities of the President of Ukraine are based on the general principles of separation of powers, of the rule of law, of constitutional responsibility, and on the specific principles of the unity and of the support of foreign policy. In order to improve the operation of the mechanism of implementing foreign policy, headed by the President of Ukraine, the measures aimed at intensifying foreign policy activities and enhancing the independence of the Government of Ukraine and developing the scientific component of this mechanism are required.

The process of performing external functions of the state implies the existence of an appropriate mechanism. The mechanism of performing Ukraine's external functions includes elements that are heterogeneous in their task, legal status, organization and other characteristics, which in their turn are interrelated and interacting. The President of Ukraine has a special place in this mechanism. In accordance with the Constitution of Ukraine, he directs the foreign policy of the country and as a head of state represents Ukraine in international relations.

The logic of the current stage of the development of interstate relations strongly confirms that in order to effectively strengthen the common peace and international security, a unified strategy of interacting and regulating the external functions and powers of the presidents at the international level in ensuring this security must be developed.

Perhaps, one of the most important functions of the President of Ukraine at the international level is the external function of ensuring the security of the state. Until the state has the security of its own territory and borders, other functions do not matter, because security is the guarantee of the stability, and therefore, the possibility of ensuring other functions.

Key words: national security, President of Ukraine, powers, functions, external function, functions of the President of Ukraine.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.71
УДК 340.111.57

М.С. БУЦАН

Маргарита Сергіївна Буцан, *студентка Інституту післядипломної освіти Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]
ORCID: 0000-0003-4744-7021

ФУНКЦІЇ ДЕРЖАВИ: ПОНЯТТЯ, КЛАСИФІКАЦІЇ, НАУКОВІ ТРАКТУВАННЯ

Постановка проблеми. Основні положення вчення про функції держави, які сформувалися ще в радянській юридичній науці, до цих пір не втратили своєї теоретичної та методологічної значущості і дають змогу вирішувати низку важливих наукових проблем. Питання про функції держави, що має як науково-теоретичне, так і політико-правове значення, як і раніше залишається одним із найбільш складних і дискусійних.

Значимість проблематики функцій держави зумовлена тим, що у функціях держави виявляється її сутність і соціальне призначення. Реалізуючи свої функції, держава здійснює цілеспрямований управлінський вплив на різні сфери суспільної життєдіяльності. Ця обставина зумовлює науковий інтерес до феномену функцій держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на величезний внесок радянських і українських учених в теоретичне осмислення питань функцій держави щодо участі в їх реалізації, на сьогоднішній день багато положень вимагають певного уточнення. Функції держави на різних етапах розвитку державності та науки досліджували: Платон, Арістотель, Цицерон, Н. Макіавеллі, Ж. Боден, Т. Гоббс, Дж. Локк, Г.В. Гегель, К. Маркс, А. Токвіль та ін. Серед сучасних вітчизняних та зарубіжних дослідників цієї проблематики можна відзначити таких учених, як В.Д. Бабкін, О.Д. Василик, А.М. Колодій, В.В. Копейчиков, О.Ф. Скакун, І.Н. Сенякін, Д.М. Стеченко, М.І. Хавронюк, О.О. Джураєва та ін.

Формулювання мети статті. Мета статті полягає у з'ясуванні наукових підходів та дослідженні поняття й класифікацій функцій держави.

Виклад основного матеріалу. Функції держави відображають її динамічну характеристику. Вони показують, що має робити держава для досягнення й здійснення тих цілей і завдань, які стоять перед нею в певний історичний період. Однак функції держави як основні напрями її діяльності не слід зводити до самої діяльності, оскільки на практиці держава іноді ухиляється або спотворює ці напрями. Не слід їх ототожнювати і з цілями та завданнями, що стоять перед державою. Якщо мета вказує на те, до чого прагне держава, а завдання – на засоби і способи її досягнення в певних умовах, то функція відображає скоординовані напрями діяльності державного механізму. Одна задача може розв'язуватися за допомогою виконання декількох функцій[1].

Функції – це такі об'єктивно необхідні напрями предметної діяльності держави, без яких суспільство не може нормально існувати та розвиватися[2]. Вони стійко склалися в певних сферах суспільного життя і вимагають узгоджених управлінських рішень і дій всіх складових частин державного механізму. Тому функції держави не слід ототожнювати з функціями окремих державних органів.

Функції відображають не тільки спрямування виборчого впливу держави, а й узгодження, зіставлення управлінської діяльності держави з аналогічною діяльністю інших громадських об'єднань. Тому функції держави об'єктивно зумовлені закономірностями функціонування даної політико-правової системи, особливостями взаємодії суспільства і держави, актуальними цілями та завданнями, що постають перед ними як протягом всієї історії використання держави, так і в певний історичний період.

При цьому кожна функція має свій напрям впливу (сферу суспільного життя) та зміст (ті управлінські кроки й конкретні дії, які робляться державою для досягнення соціально корисних цілей). Перелік і зміст функцій конкретної держави зумовлюються цілим комплексом чинників внутрішнього й зовнішнього характеру. Серед них особливо слід виділити своєрідність сутності держави (чиї інтереси вона виражає та забезпечує), особливість і актуальність економічних, політичних, національних, екологічних та інших проблем, що стоять перед даним суспільством[3].

Тому на одному етапі історичного розвитку пріоритет держави може віддаватися економічним, на іншому – політичним чи соціально-культурним функціям, на третьому – функціям оборони і т. д. Причому якщо самі функції залишаються відносно постійними, то форми і методи їх здійснення змінюються часом досить значно залежно від завдань, що стоять перед суспільством.

На початку свого зародження держава виконувала досить невеликий перелік функцій. Зміст більшості із них мав яскраво виражений класовий характер. Держава активно підтримувала соціальне розшарування суспільства та забезпечувала переважне задоволення інтересів економічно панівних кланів і соціальних

© М.С. Буцан, 2019

[*] ***Marharyta Butsan,*** *student of the Institute of Postgraduate Education of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

груп. У міру розвитку й ускладнення соціальних зв'язків, зміни становища людини в світі зростає управлінська роль держави, змінюються її функції. Одні з них відмирають, втрачаючи колишнє значення, інші змінюються, треті виникають знову.

Класовий зміст функцій сучасної держави проявляється не настільки жорстко і відкрито, як це було раніше. Для цього використовуються непрямі способи, пов'язані з системою податків і зборів, трудового законодавства тощо. Підвищується значимість загальносоціальних функцій. Якість їх виконання зумовлює цінність і соціальну затребуваність держави в цілому. Неувага саме до цих функцій викликає ослаблення, а деколи і зникнення держав. У функціях проявляються національні особливості країни, адже держава зобов'язана забезпечувати геополітичні інтереси етносу, підтримувати розвиток національної культури, мови і т. п. За функціями можна судити про те, кому служить дана держава, чиї інтереси виражає.

Особливої актуальності для функцій сучасної держави набувають фактори, що викликають необхідність міждержавного співробітництва для вирішення проблем виживання цивілізації в цілому. До них відносять передусім екологічні проблеми, що відображають негативні наслідки науково-технічного прогресу, питання ядерного озброєння, демографічні, сировинні та інші міжнародні проблеми сучасності.

Таким чином, функції держави – це наповнені особливим змістом основні напрями діяльності держави, в яких виражається і конкретизується її сутність та соціальне призначення в суспільному житті.

Зміст і перелік функцій значною мірою зумовлюються сутністю держави, її соціальним призначенням у суспільному житті. Головний обов'язок держави – підтримувати такий рівень організації суспільного життя, який би забезпечував не тільки збереження цілісності, процвітання суспільства в цілому, а й задоволення потреб окремих особистостей[4].

Класифікація функцій держави здійснюється науковцями за різним розумінням, зокрема виокремлюють:

– за специфікою об'єктів державного впливу: економічна, соціальна, ідеологічна, екологічна, оборони та ін.;

– за сферами діяльності держави: внутрішні й зовнішні;

– за тривалістю дії: постійні й тимчасові;

– за ступенем спільності: основні й неосновні[5].

Наведена класифікація носить дещо умовний характер, оскільки деякі глобальні загальнопланетарні проблеми перетворюють тимчасові функції на постійні, неосновні – на основні, вони зачіпають як внутрішню, так і зовнішню сферу діяльності держави.

Також функції держави класифікуються за наступними критеріями:

– Види функцій держави за характером державного впливу на суспільні відносини поділяються на:

– охоронні;

– регулятивні.

Охоронні функції – це діяльність держави, спрямована на забезпечення охорони всіх існуючих суспільних відносин (охорона прав і свобод громадян, захист держави від зовнішньої загрози, охорона природи та ін.).

Регулятивні функції – це діяльність держави, спрямована на розвиток існуючих громадських відносин (економічна, соціальна та ін.).

– Види функцій держави за важливістю для суспільства поділяються на: основні й неосновні (підфункції) (наприклад, підтримання обороноздатності країни та створення умов для розвитку професійного спорту).

– Види функцій держави за часом дії – постійні й тимчасові (наприклад, розвиток культури і ліквідація бездоглядності).

– Види функцій держави за ступенем відображення інтересів різних груп населення – орієнтовані на певні соціальні верстви (класові) і загальносоціальні (надкласові) (наприклад, створення умов для підвищення рівня життя селянства й охорона навколишнього середовища).

– Види функцій держави за об'єктами впливу (за сферою діяльності) – внутрішні й зовнішні (наприклад, охорона здоров'я населення і міжнародне співробітництво)[6].

При вивченні функцій та їх класифікації найбільш важливим критерієм є об'єкт впливу (сфера діяльності).

Держава здійснює свої функції в певних формах. Форми здійснення функцій держави – це однорідна діяльність органів держави, за допомогою якої реалізуються її функції.

Форми здійснення функцій держави поділяються на правові та організаційні. Правова форма – це однорідна діяльність органів держави, пов'язана з прийняттям правових актів. До правових форм належать:

1) правотворча форма (розробка і прийняття юридичних норм, видання нормативно-правових актів);

2) правозастосовна форма (вжиття заходів щодо виконання норм права, видання індивідуальних актів застосування права (вирок суду та ін.)[7].

Організаційна форма – це однорідна діяльність держави, спрямована на створення організаційних умов для забезпечення функцій держави:

1) організаційно-регламентуюча форма – це поточна робота структур щодо забезпечення функціонування органів держави;

2) організаційно-господарська форма включає в себе оперативно-технічну роботу;

3) організаційно-ідеологічна форма (виховання).

Методи здійснення функцій держави – це способи і прийоми, за допомогою яких органи держави реалізують свої функції (переконання, заохочення, примусу, покарання).

Інституційно-організаційна, незалежна форма здійснення правової функції держави. Ця функція відособлена від законодавчої і виконавчої функції внаслідок незалежності суду. Здійснюється у формі правосуддя, тобто як безперервна діяльність судів, безперервний процес встановлення суб'єктивних прав і обов'язків, фіксування й формування об'єктивного права в конкретній ситуації, в конкретній суперечці про право[8].

Таким чином, правосуддя полягає у виконанні судом своєї правоформуючої функції і складається з декількох функцій.

– відправлення правосуддя у вузькому сенсі: встановлення суб'єктивних прав і обов'язків у конкретному спорі про право (можливість розв'язання спорів) і винесення вироків, обвинувальних або виправдувальних у кримінальних справах;

– правоохоронна функція суду, попередній контроль за правомірністю дій адміністративно-виконавчих органів влади і посадових осіб (взяття під варту, обшук та інше);

– адміністративна юрисдикція суду – існує в основному у вигляді конкретного контролю, процедура якого порушується за скаргою (позовом) конкретної особи[9].

За загальною Декларацією прав людини будь-яка особа для встановлення своїх прав має право на розгляд її справи незалежним судом. Оскільки суд несе в собі функцію контролю за конституційністю рішень і дій виконавчої влади, то будь-яке звернення до суду повинно бути належним чином розглянуте і за ним має бути винесене рішення. Нормотворча функція суду полягає, наприклад, у здійсненні адміністративної юрисдикції, коли приймається тлумачення закону, яке в подальшому служить стандартом для прийняття адміністративних рішень.

Під правовими формами здійснення функцій держави розуміється однорідна за своїми зовнішніми ознаками (характером і юридичними наслідками) діяльність державних органів, пов'язана з виданням юридичних актів. Відповідно до цього до правових форм реалізації функцій держави відносяться правотворча діяльність і правозастосовна діяльність, яка, у свою чергу, підрозділяється на оперативно-виконавчу і правоохоронну.

Правотворча діяльність – це форма здійснення функцій держави шляхом видання нормативних актів, видання чи санкціонування, зміни або скасування юридичних норм. Правозастосовна діяльність – це діяльність державних органів щодо виконання законів і підзаконних нормативних актів шляхом видання актів застосування права. У правозастосовній діяльності, як зазначалося, виділяються оперативно-виконавча і охоронна[10].

Оперативно-виконавча діяльність являє собою пов'язану з повсякденним вирішенням різнобічних питань управління справами суспільства владну, творчу виконавчо-розпорядчу роботу державних органів щодо здійснення функцій держави шляхом видання актів застосування норм права, які є підставою для виникнення, зміни або припинення правовідносин. Правоохоронна діяльність – це форма здійснення функцій держави у вигляді владної оперативної роботи державних органів з охорони норм права від порушень, захисту наданих громадянам суб'єктивних прав і забезпечення виконання покладених на них юридичних обов'язків.

У результаті правоохоронної діяльності видаються акти застосування норм права (постанови слідчих, протести і подання прокурорів, вироки та рішення судів і т.п.). Специфіка цих актів у тому, що вони слугують цілям профілактики злочинів та інших правопорушень, відновлення порушеного права, реалізації юридичної відповідальності особи, яка вчинила правопорушення, а отже, у всіх випадках – охороні прав особи, захисту інтересів громадян і суспільства в цілому. Від правових форм функціонування держави відрізняються чисто фактичні або організаційні форми реалізації її функцій, які полягають в однорідній за своїми зовнішніми ознаками діяльності держави, що не тягне за собою юридичних наслідків. Водночас форми організаційної, фактичної діяльності так чи інакше реалізуються в межах певного правового врегулювання, на основі виконання вимог законності.

Як будь-яке явище об'єктивної дійсності, функції держави вимагають прояву в діях суб'єктів влади такого втілення в життя, яке здійснюється в певній формі. Держава, реалізуючи свої функції, впливає на конкретні види і групи однорідних суспільних відносин. Такий вплив здійснюється у відповідних правових і неправових формах[11].

У теорії держави і права найбільш поширена класифікація державних органів на три види: законодавчі, виконавчі, судові. Підставою для такого поділу є положення Конституції України, в якій виділено зазначені гілки влади. На окрему увагу заслуговують положення про прокуратуру. Варто зазначити, що діяльність судових органів та органів прокуратури не є ідентичною. Тому істотні відмінності в переліку повноважень і виконуваної діяльності дають змогу виділити не три, а чотири основні форми здійснення діяльності держави залежно від видів діяльності: законодавчу; управлінську (тобто адміністративну, виконавчу, розпорядчу); судову; контрольно-наглядову[12].

У здійсненні всіх основних функцій держави активно беруть участь усі види державної влади в Україні. Сюди слід віднести і законодавчу, і виконавчу, і судову. Кожна гілка влади підпорядковує собі розгалужену систему органів влади. Для них властиві свої функції, які не є тотожними. Функції органів державної влади в Україні відрізняються від функцій держави. Відмінністю є те, що перші здійснюються у межах компетенції і території всієї держави, а функції органів – у межах їх повноважень і відповідних галузей або адміністративно-територіальних одиниць.

Важко виокремити основні функції держави, адже їх досить багато. Візьмемо для прикладу одну із основних функцій, яка в даний час є найбільш актуальною. Це – правозахисна функція. Саме за рахунок формування в Україні громадянського суспільства і функціонування правової держави питання правозахисної діяльності в нашій країні набуває дійсно суттєвого значення. Правозахисна функція має вияв у діяльності

України, яка спрямовується на захист прав і свобод людини і громадянина, утвердження законності й правопорядку в усіх сферах суспільного й політичного життя. Поки що Україна на початковому етапі свого розвитку, відповідно, досить складно сказати однозначно про якісне забезпечення правозахисної функції, проте цей період трансформації і розвитку є початковим етапом у створенні дійсно правової держави, як і задекларовано в Конституції України.

Висновки. Таким чином, під функцією держави слід розуміти один із основних напрямів діяльності держави, а також сукупність інструментів та засобів для здійснення цієї діяльності. Зміст будь-якої функції держави в цьому випадку становлять наступні взаємодіючі елементи: предмет функції; мета функції; методи, форми і засоби здійснення функції.

Предмет функції держави – це напрями впливу, які охоплюються певним видом діяльності держави (економічні, ідеологічні відносини; відносини в сфері порядку, оборони та ін.). Цілями функцій держави виступають результати, які повинні бути отримані в процесі здійснення функції; при цьому цілі можуть бути найближчими, проміжними, кінцевими. Цілі окремих державних функцій співвідносяться з цілями держави в цілому. Методи здійснення функцій держави – це методи правового регулювання суспільних відносин.

Форми здійснення функцій являють собою зовнішнє вираження діяльності держави в тому чи іншому напрямі. Вони бувають правовими і неправовими. До неправових форм здійснення функцій держави належать організаційна, виховна, культурно-освітня, техніко-виконавча діяльність держави. Прикладом організаційної та техніко-виконавчої діяльності є інструктування, робоче планування, проведення нарад, контроль за виконанням прийнятих рішень і т. д.

---

[1] Матузова Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: курс лекций. Москва: Юристь, 1997.

[2] Скакун О.Ф. Теорія держави і права: підручник. 2–ге вид., доп. і перероб. Київ: Правова єдність, 2010.

[3] Венгеров А.Б. Теория государства и права. Москва: Юриспруденция, 2000.

[4] Ведєрніков Ю.А., Грегул В.С. Теорія держави і права: навч. посіб. 4-е вид., доп. і переробл. Київ: Центр навчальної літератури, 2005. 224 с.

[5] Джураєва О.О. Класифікація функцій сучасної держави. *Актуальні проблеми держави і права*: зб. наук. праць. 2005. Вип. 25.

[6] Цвік М.В., Петришин О.В. Загальна теорія держави і права: підручник. Харків: Право, 2010.

[7] Комаров С.А. Теория государства и права: учеб.-метод. пособ. Москва: Норма, 2001. 448 с.

[8] Там само.

[9] Шестаев Н.Т. Функции и структура государства. Москва: МВШМ, 2012.

[10] Теорія держави і права: навч. посіб. / за ред. А.М. Колодій, В.В. Копєйчиков, С.Л. Лисенков та ін.; за заг. ред. С.Л. Лисенкова, В.В. Копєйчикова. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 88.

[11] Венгеров А.Б. Теория государства и права. Москва: Юриспруденция, 2000.

[12] Ведєрніков Ю.А., Грегул В.С. Теорія держави і права: навч. посіб. 4-е вид., доп. і переробл. Київ: Центр навчальної літератури, 2005. 224 с.

References:

Venherov, A.B. (2000). Teoryia hosudarstva y prava. Moskva: Yurysprudentsyia [in Russian].

Vediernikov, Yu.A., Hrehul, V.S. (2005). Teoriia derzhavy i prava: navch. posib. 4te vyd., dop. i pererobl. Kyiv: Tsentr navchal'noi literatury [in Ukrainian].

Dzhuraieva, O.O. (2005). Klasyfikatsiia funktsij suchasnoi derzhavy. *Aktual'ni problemy derzhavy i prava: zb. nauk. prats'*, 25 [in Ukrainian].

Tsvik, M.V., Petryshyn, O.V. (2010). Zahal'na teoriia derzhavy i prava: pidruchnyk. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

Komarov, S.A. (2001). Teoryia hosudarstva y prava: ucheb.-metod. posobye. Moskva: Norma [in Russian].

Shestaev, N.T. (2012). Funktsyy y struktura hosudarstva. Moskva: MVShM [in Russian].

Kolodij, A.M., Kopiejchykov, V.V. (za zah. red.). (2004). Teoriia derzhavy i prava: navchal'nyj posibnyk. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

Venherov, A.B. (2000). Teoryia hosudarstva y prava. Moskva: Yurysprudentsyia [in Russian].

Vediernikov, Yu.A., Hrehul, V. S. (2005). Teoriia derzhavy i prava: navch. posib. 4te vyd., dop. i pererobl. Kyiv: Tsentr navchal'noi literatury [in Ukrainian].

Kotiuk, V.O. (2005). Zahal'na teoriia derzhavy i prava: navch. posib. Kyiv: Atika [in Ukrainian].

Резюме

***Буцан М.С.* Функції держави: поняття, класифікації, наукові трактування.**

У статті розглянуто поняття функцій держави, досліджено наукові підходи щодо його тлумачення, наведено класифікації функцій держави. Здійснено аналіз існуючих функцій в Україні. Досліджено особливості форм здійснення функцій держави.

Ключові слова: сучасна держава, сфери діяльності держави, функціонування держави, функції держави.

Резюме

***Буцан М.С.* Функции государства: понятие, классификации, научные трактовки.**

В статье рассмотрено понятие функций государства, исследованы научные подходы относительно его толкования, приведены классификации функций государства. Осуществлен анализ существующих функций в Украине. Исследованы особенности форм осуществления функций государства.

Ключевые слова: современное государство, сферы деятельности государства, функционирование государства, функции государства.

Summary

Marharyta Butsan. **Functions of the state: concepts, classifications, scientific interpretations.**

In the article the concept of state functions, realizing which the state carries out a targeted management impact on various spheres of a public life. They show that the government should do to achieve and implement the goals and tasks that lie before him in a certain historical period. Purposes of the functions of the state are the results that must be obtained in implementing the functions, goals can be immediate, intermediate, ultimate. On one stage of historical development, priority may be given to economic, the other political or socio-cultural functions, the third function of defense, etc. At the beginning of its inception, the state played a very small list of functions. The contents of most of them was of a pronounced class character. The functions manifest national characteristics of the country, because the state is obliged to provide the geopolitical interests of the ethnic group, to support the development of national culture, language, and the like. The contents and the list of functions to a large extent depend on the nature of the state, its social purpose in public life. The main duty of the state to maintain a level of social organization that would ensure not only the preservation of the integrity and prosperity of society as a whole, but also the needs of individuals. The article studies scientific approaches with respect to interpretation of the concept of functions, given the existing classification of state functions: the areas of activities of the state, duration and the like. The analysis of existing functions in Ukraine. The human rights function is currently the most relevant. Advocacy function has the expression in activities that are aimed at protecting the rights and freedoms of man and citizen, the rule of law and the rule of law in all spheres of public and political life. The peculiarities of exercise of the functions of the state are divided into legal and organizational. The legal form is a homogenous activity of state bodies related to the adoption of legal acts. Organizational form is a homogenous activity of the state aimed at creating organizational conditions to ensure functions of the state. In Ukraine there are three main forms of implementation of the activities of the state depending on types of activities: legislative, Executive, judicial. The basis for this separation is the provision of the Constitution of Ukraine, which is highlighted in these branches of government. In the implementation of all main functions of the state are actively involved all types of public power in Ukraine.

Key words: modern state, spheres of activity of the state, functioning of the state, functions of the state.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.72

УДК 341.1

К.О. ПАШКОВ

Кирило Олегович Пашков, *магістр міжнародного права, випускник Київського університету права НАН України*[*]

ORCID: 0000-0002-1999-109X

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Постановка проблеми. В умовах впровадження у Європейському Союзі (далі – ЄС) стратегії Єдиного цифрового ринку (далі – ЄЦР) ЄС[1], фундамент якого було закладено на Талліннському саміті у 2015 р.[2], з 2014 р. Комісією ЄС у прагненні зробити єдиний ринок ЄС придатним для епохи цифрових технологій (здійснити перехід від 28 національних цифрових ринків до єдиного) на осуд законодавчої ланки інституційного механізму ЄС було представлено більш ніж 30 проєктів нових інституційних актів ЄС, а 28 з них наразі очікують їх прийняття Парламентом та Радою ЄС[3]. Разом із тим у сфері електронної комерції у ЄС продовжує діяти Директива 2000/31/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС «Про правові аспекти інформаційних послуг щодо електронної комерції на внутрішньому ринку» від 08 червня 2000 р.[4], долучена до правопорядку ЄС ще до прийняття зазначеної вище стратегії. Зважаючи на те, що вдосконалення доступу до цифрових товарів та послуг, створення середовища, у якому цифрові мережі та послуги можуть процвітати, позиціонування цифровізації як рушійної сили всього нового – визнані ЄС фундаменти розвитку сучасного ЄЦР ЄС[5], стає зрозуміло, що незабаром перегляду в ЄС підлягатиме і усталена правова платформа здійснення електронної комерційної діяльності суб'єктів господарювання в ЄС, у зв'язку із чим вивчення особливостей сучасного правового регулювання електронної комерційної діяльності в межах ЄС набуває як теоретичної, так і практичної актуальності та значущості.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремим аспектам досліджуваної проблеми приділялося місце у працях вітчизняних учених, зокрема, М.І. Возного, Р.О. Заблоцької, Т.Г. Затонацької, В.І. Муравйова, Д.С. Панiної, В.П. Писаренка, В.Л. Плескач, В.В. Полякоа, А.С. Шаблієнка, О.І. Шниркова, а також зарубіжних авторів: Г. Лефевра, Т. Бедолла, М. Лінднер, Л. Фріда, С. Круга. Проте комплексні дослідження особливостей правового регулювання електронної комерційної діяльності у ЄС на сучасному етапі практично від-

© К.О. Пашков, 2019

[*] ***Kirill Pashkov,*** *Master of International Law, Graduate of Kyiv University of Law of the NAS of Ukraine*

сутні, відповідно, дана стаття є спробою заповнити існуючу прогалину української науки європейського права.

Формулювання мети статті. Метою статті є аналіз особливостей правового регулювання електронної комерційної діяльності у ЄС на сучасному етапі.

Виклад основного матеріалу. Саме завдяки появі Інтернету на початку 1990-х рр. революційний ефект широкого впровадження комп'ютерних технологій почав відчуватися у всіх сферах суспільного відтворення. Лише протягом наступних двох десятиліть комерційна діяльність в Інтернеті стала одним із наймогутніших сегментів національних економік індустріально розвинутих держав, особливо держав-членів ЄС[6].

Компанії і підприємці стрімко відкривають для себе можливості Інтернету та прагнуть максимально їх використовувати за допомогою швидкого навчання, обробки та передачі інформації, грошей, товарів. Суспільство переходить на якісно новий етап розвитку, де визначальну роль відіграє інформація. Необхідно зауважити, що основними тенденціями розвитку електронної комерції у світовій економіці виступають:

– бурхливе зростання обсягів розрахункових операцій з використанням смартфонів, планшетів та інших мобільних пристроїв, оскільки частка інтернет-користувачів, що використовують мобільний зв'язок, постійно зростає;

– все більша частка підприємств роздрібної торгівлі намагаються надати можливість своїм клієнтам замовляти продукцію, товари через Інтернет, до того ж пропонують вигідні умови доставки продукції в день замовлення, безкоштовний обмін та повернення товарів, що беззаперечно є їх конкурентними перевагами;

– широке застосування електронних грошей та інших новітніх платіжних засобів;

– використання новітніх технологій для реклами продукції в мережі;

– активний розвиток електронної комерції за допомогою технологій соціальних мереж;

– розвиток форми взаємодії між підприємствами як електронна комерція B2B (бізнес до бізнесу), тобто можливості електронної комерції широко реалізуються не лише в практиці роздрібної торгівлі для споживачів;

– постійне оновлення й розробка нових інформаційних технологій та комп'ютерної техніки, що сприяють спрощенню доступу до мережі користувачів, налагодженню їх тісної взаємодії.

Саме електронна комерція належить до сфер економічної діяльності, що за останні два десятиріччя проявляє найпотужніші темпи зростання в ЄС[7]. Варто звернути увагу на те, що в ЄС сформувалася специфічна модель міжнародно-правового регулювання електронної комерції, за якої одночасно діє міжнародне право, що становить інтегральну складову частину права ЄС, наднаціональне право, обов'язкове для держав-членів ЄС, а також національне право держав-членів ЄС[8]. Таким чином, норми наднаціонального права, що стосуються електронної комерції, не повинні перебувати в суперечності з нормами міжнародного права.

Регуляторний режим електронної комерції ЄС встановлює гармонізовані правила щодо інформації, яка має надаватися постачальниками послуг, змісту комерційних повідомлень, порядку розміщення замовлень електронним шляхом, юридичної сили та порядку укладання електронних контрактів, ідентифікації та автентифікації, відповідальності Інтернет-посередників тощо.

Інституції ЄС вперше звернули увагу на правові аспекти електронної комерції в середині 1990-х років. У 1997 р. Комісія ЄС видала Повідомлення щодо електронної комерції[9], в якому проголошувалася мета створити узгоджені спільні правові засади до 2000 р., якими б регулювалося ведення електронної комерції в межах ЄС. Наслідком роботи Комісії ЄС стало прийняття в 1999 р. Директиви про електронні підписи[10], а вже у 2000 р. – Директиви про електронну комерцію[11] (далі – Директива). Загалом, розглядаючи дане питання, можна побачити, що електронна комерція в ЄС регулюється як директивами, так і регламентами. Зокрема, можна виділити такі ключові документи:

– Директива 97/7/ЄС Європейського парламенту та Ради від 20 травня 1997 р. «Про захист прав споживачів у дистанційних контрактах» (дистанційний продаж)[12];

– Директива 97/66/ЕС Європейського парламенту та Ради від 15 грудня 1997 р. щодо обробки персональних даних та охорони таємниці приватного життя в телекомунікаційному секторі[13];

– Директива Європейського парламенту та Ради 1999/93/ЄС від 13 грудня 1999 р. про правові основи Співтовариства для електронних підписів[14];

– Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту і Ради від 8 червня 2000 р. про деякі правові аспекти послуг інформаційного суспільства, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку (зазначена вище директива про електронну комерцію)[15];

– Директива 2000/46/ЄС Європейського парламенту та Ради від 18 вересня 2000 р. про заняття, здійснення і нагляд за підприємницькою діяльністю установ у сфері електронних грошей[16];

– Директива 2002/58/ЕС Європейського парламенту і Ради від 12 липня 2002 р. щодо обробки персональних даних та охорони таємниці приватного життя в секторі електронних комунікацій[17];

– Регламент 2018/1724/ЕС Європейського парламенту і Ради від 2 жовтня 2018 р. щодо створення єдиного цифрового шлюзу для забезпечення доступу до інформації, процедур, а також служб надання допомоги і вирішення проблем[18];

– Регламент 2018/644/ЕС Європейського парламенту і Ради від 18 квітня 2018 р. щодо послуги транскордонної доставки посилок[19].

Серед зазначених вище директив, що належать до правового регулювання ЄС у сфері електронної комерції, Директива про електронну комерцію посідає центральне, головне місце. Маючи характер рамкової,

вона об'єднала в собі норми з різних питань, вирішення яких назріло в ЄС на час її прийняття та яким в інших правових системах зазвичай присвячено кілька нормативних актів.

Згідно із задекларованим підходом ЄС до поставок електронних продуктів як до надання послуг, Директива оперує поняттям «послуги інформаційного суспільства». Дане поняття визначено в Директиві як «будь-яка послуга, що зазвичай надається за винагороду, на відстані, електронними засобами та на індивідуальну вимогу отримувача послуги»[20]. Поняття «послуга» в розумінні ст. 50 Договору про функціонування ЄС[21] (за визначенням Суду ЄС) визначається як будь-яка послуга, що зазвичай надається за винагороду, але при цьому остання не обов'язково може надходити від отримувача послуги[22]. Як виняток, послуги, пов'язані з азартними іграми в Інтернеті, вилучено зі сфери дії Директиви[23].

Головною метою Директиви є усунення юридичних перешкод, що виникають при заснуванні провайдерів Інтернет-послуг в ЄС та наданні ними послуг у межах внутрішнього ринку, за яких електронна комерція в ЄС могла б стало розвиватися. Директива застосовується «горизонтально» й торкається всіх галузей права – чи то публічного, чи то приватного – що стосуються надання послуг інформаційного суспільства. Так, на відміну від американського підходу, згідно з яким відповідальність провайдерів за різні незаконні дії їх клієнтів передбачається різними законами, Директива визначає всі види юридичної відповідальності провайдерів за всі види незаконної діяльності третіх осіб.

Директива про електронну комерцію регулює надання послуг інформаційного суспільства як юридичними особами одна одній, так і юридичними особами споживачам – фізичним особам[24]. Спектр послуг, на який направлена Директива, є надзвичайно широким та включає в себе продажі як фізичних товарів (книг, компакт-дисків, ліків), так і цифрових продуктів (електронних книг, програмного забезпечення), а також інформаційних і фінансових послуг[25]. Принцип функціональної еквівалентності паперових документів і електронних повідомлень, проте, не набув у Директиві чіткого вираження[26].

У цілому Директива налічує п'ять груп норм.

Ключовий принцип, на якому базується Директива, – це положення про внутрішній ринок, викладене у ст. 3(1) Директиви, також відоме як «принцип країни походження», сформульований наступним чином: «Кожна держава-член забезпечує відповідність наданих послуг інформаційного суспільства постачальником послуг, заснованим на її території, положенням національного законодавства, що застосовуються у відповідній державі-члені та підпадають під сферу координації»[27]. Держави-члени ЄС також не в праві обмежувати свободу надання послуг інформаційного суспільства з території іншої держави-члена з підстав, що випливають із сфери координації (ст. 3(2) Директиви[28]). У свою чергу, «сфера координації» визначається у ст. 2(h) Директиви як «вимоги, закладені в правових системах держав-членів, що застосовуються до постачальників послуг інформаційного суспільства або послуг інформаційного суспільства, незалежно від того, чи є вони загального характеру, чи їх було спеціально розроблено»[29].

Положення, спрямовані на сприяння розвитку ринку послуг інформаційного суспільства, містяться у ст. ст. 4–8 Директиви: це група норм, що сприяє розвитку ринку послуг інформаційного суспільства в ЄС шляхом заборони попередніх дозволів чи інших рівнозначних вимог щодо започаткування та здійснення діяльності з надання таких послуг (ст. 4 Директиви), установлення вимог до інформації, яка має надаватися провайдерами послуг інформаційного суспільства про себе (ст. 5 Директиви) та яку мають містити електронні повідомлення комерційного характеру (ст. 6 Директиви), окреслення вимог до небажаних електронних комерційних повідомлень («спаму») (ст. 7 Директиви), також надання дозволу особам, які практикують регульовані професії, використовувати у своїй діяльності комерційні електронні повідомлення, дотримуючись при цьому норм професійної етики (ст. 8 Директиви)[30].

Правові засади укладання електронних угод в ЄС – норми, що містяться в ст. ст. 9–11 Директиви, становлять правові засади укладання контрактів із використанням електронних засобів у ЄС. Положення цих статей спрямовані на гармонізацію юридичних вимог до укладання електронних угод, що існують у державах-членах ЄС, у тому числі шляхом установлення обов'язку постачальника послуг інформаційного суспільства підтвердити замовлення тим же способом, яким воно надійшло – електронним[31]. Відповідно до ст. 9 Директиви від держав-членів вимагається законодавчо забезпечити можливість укладання контрактів електронним способом. Держави-члени ЄС мають, зокрема, переконатися, що юридичні вимоги до процесу укладання угод не перешкоджають укладанню електронних контрактів, а також не призводять до невизнання дійсності чи юридичної сили контрактів на підставі того, що їх було укладено з використанням електронних засобів[32].

Перелік мінімальної інформації, яку повинен «чітко, зрозуміло та однозначно» надати постачальник послуг інформаційного суспільства замовнику до розміщення замовлення, міститься в ст. 10 Директиви[33]. Цей перелік, що застосовується у додаток до вимог щодо передконтрактної інформації, які містяться в інших директивах ЄС (як-от – Директива про захист прав споживачів[34]), містить наступні категорії інформації: а) технічні кроки, які необхідно зробити, щоб укласти контракт; б) інформація щодо того, чи буде укладений контракт зберігатися постачальником послуг та чи буде він доступним у подальшому; в) технічні засоби виявлення та виправлення помилок вводу до розміщення замовлення; г) мови, запропоновані для укладення контракту[35].

Щодо процедури розміщення замовлення, то ст. 11 Директиви передбачає, що постачальник послуг повинен підтвердити отримання замовлення без невиправданої затримки та електронним шляхом[36]. При цьому як замовлення, так і підтвердження його отримання, вважаються отриманими в той момент, коли вони стали доступні адресатам[37]. Постачальник послуг також повинен надати споживачеві «належні, ефективні та

доступні» технічні засоби, що дозволять останньому виявити та виправити помилки вводу до розміщення замовлення[38]. Правила ст. 11 Директиви не застосовуються, однак, до контрактів, що укладаються виключно шляхом обміну повідомленнями електронної пошти чи інших подібних індивідуальних повідомлень[39].

Обмеження відповідальності Інтернет-посередників – це група норм, що установлює режим юридичної відповідальності провайдерів Інтернет-послуг в ЄС, який став компромісом між необхідністю забезпечення вільного руху інформації мережею завдяки посередницьким послугам, без яких функціонування Інтернету неможливе, та створення сприятливих правових умов для розвитку як самого Інтернету, так і комерційної діяльності з його використанням[40]. Режим юридичної відповідальності постачальників послуг Інтернету («провайдерів») в ЄС установлюється ст. ст. 12–15 Директиви про електронну комерцію[41]. Зазначена Директива, звільняючи в ст. 5.1 посередників від відповідальності за порушення права на відтворення при створенні тимчасових копій для «передачі в мережі між третіми особами», все ж таки вимагає в ст. 8.3 від держав-членів ЄС забезпечення права власників авторських та суміжних прав звернутися до суду з метою отримання судової заборони проти посередників, чиї послуги використовуються третіми особами для порушення авторських та суміжних прав[42].

Висновки. Отже, правові норми, якими регулюється здійснення електронної комерції в ЄС, що мають найбільший вплив на здійснення зовнішньоекономічної діяльності, можна згрупувати за трьома напрямами:

– норми, якими встановлюється принцип країни походження;

– норми, якими визнається юридична сила електронних контрактів та регулюється порядок їх укладання;

– норми, якими обмежується відповідальність постачальників послуг за контент третіх осіб[43].

Вплив цих трьох груп норм в межах ЄС на мікро- та макроекономічному рівнях важко переоцінити. По-перше, принцип країни походження знизив рівень різноманітності в законодавстві держав-членів у сферах, охоплених Директивою про електронну комерцію[44]. Це, у свою чергу, призвело до зниження витрат компаній на дотримання вимог іноземного законодавства та оплату юридичних послуг. Хоча вказане не стосується питань захисту прав споживачів, який залишається прерогативою національного законодавства, постачальники електронних послуг позбулися важливого стримуючого фактора при прийнятті рішень про розповсюдження своєї діяльності на ринки інших держав-членів ЄС. По-друге, гармонізація норм внутрішнього законодавства щодо юридичної сили та процедур укладання контрактів електронним шляхом призвела до зростання кількості укладених в електронній формі контрактів та зниження пов'язаних з укладанням таких контрактів видатків[45].

Директива про електронну комерцію та Директива про електронні підписи привнесли у бізнес-середовище впевненість, що електронні контракти є юридичним еквівалентом контрактів, укладених на папері та власноручно підписаних як у власній країні, так і за кордоном[46]. Зниження видатків має місце не лише в силу того, що укладання електронних контрактів є швидшим та дешевшим, ніж укладання їх паперових аналогів, а й тому, що усунення юридичної невизначеності знизило ймовірність юридичних суперечок з приводу дійсності контрактів, укладених електронним шляхом[47].

Нарешті, найвизначніший вплив регуляторна рамка ЄС має на Інтернет-посередників – постачальників послуг, завдяки яким стає можливим саме існування Інтернету та здійснення іншими постачальниками інформаційних послуг своєї діяльності[48].

Директива про електронну комерцію значно знизила ризик того, що Інтернет-посередники будуть притягнуті до відповідальності за протиправний контент, а отже, і зменшила видатки на юридичні послуги та моніторинг інформації, яку вони зберігають чи передають. Заощаджені кошти можуть бути вкладені в подальший розвиток телекомунікаційної інфраструктури та послуг Інтернет-посередників, у тому числі й тих, що базуються на використанні творів, авторські права на які належать третім особам[49].

Як було зазначено в Доповіді Комісії ЄС, присвяченій розвитку роздрібної торгівлі в ЄС, незважаючи на сприятливий правовий режим, електронна комерція в рамках ЄС все ще є досить далекою від досягнення потенційно можливого рівня розвитку[50]. Проблеми уніфікації та гармонізації правового регулювання – далеко не єдиним фактором, що деякою мірою стримує розвиток електронної комерції на рівні ЄС[51]. Серед таких факторів значне місце посідають також лінгвістичні, демографічні та культурні бар'єри, технічні специфікації та стандарти, рівень проникнення Інтернету та ефективність почтових та платіжних систем.

---

[1] A Digital Single Market Strategy for Europe. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Brussels, 6.5.2015. COM(2015) 192 final. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447773803386&uri=CELEX:52015DC0192 (accessed: 25.12.2019).

[2] Tallin Digital Summit. Creating a Digital Single Market. European Commission actions since 2015. URL: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/digital-summit-timeline-factsheet_en.pdf (accessed: 25.12.2019).

[3] Tallin Digital Summit. Creating a Digital Single Market. European Commission actions since 2015. URL: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/digital-summit-timeline-factsheet_en.pdf ; Shaping the Digital Single Market URL : https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market#ThePillars (accessed: 25.12.2019).

[4] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[5] Shaping the Digital Single Market. URL: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market#ThePillars (accessed: 25.12.2019).

[6] Писаренко В.П. Порівняльний аналіз європейського законодавства в галузі електронного документообігу. *Публічне управління: теорія та практика.* 2014. № 4. С. 28–33. URL : http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/putp/2014-4/doc/1/04.pdf (дата звернення: 25.12.2019)

[7] Шаблієнко А.С. Основні проблемні питання адміністративно-правового регулювання у сфері електронної комерції 2015. URL: http://applaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/4-10-2015/

[8] Поляков В.В. Мировая экономика и международный бизнес: учебник / под. общ. ред. В.В. Полякова и Р.К. Щенина. 5-е изд., стер. Москва: КНОРУС, 2013. 688 с.

[9] A European initiative in electronic commerce. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM (97) 157, 16 April 1997. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al32101

[10] Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31999L0093 (accessed: 25.12.2019).

[11] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market("Directive on electronic commerce"). URL: http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=celex:32000l0031:en:html (accessed: 25.12.2019).

[12] Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31997L0007 (accessed: 25.12.2019).

[13] Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0066 (accessed: 25.12.2019).

[14] Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999L0093 (accessed: 25.12.2019).

[15] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[16] Directive 2000/46/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0046 (accessed: 25.12.2019).

[17] Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002L0058 (accessed: 25.12.2019).

[18] REGULATION (EU) OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 2 October 2018 establishing a single digital gateway to provide access to information, to procedures and to assistance and problem-solving services and amending Regulation (EU) No 1024/2012. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.295.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2018:295:TOC (accessed: 25.12.2019).

[19] Regulation (EU) 2018/644 of the European Parliament and of the Council of 18 April 2018 on cross-border parcel delivery services (Text with EEA relevance). OJ L 112, 2.5.2018. P. 19–28.

[20] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[21] Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj (accessed: 25.12.2019).

[22] Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj (accessed: 25.12.2019).

[23] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[24] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[25] Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку: директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради. 8 червня 2000 р. Рада Європи. 2000. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_224 (дата звернення: 25.12.2019).

[26] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[27] Панина Д.С. Особенности регулирования индустрии электронных платежей: опыт зарубежных стран. *Вестник ОГУ*. 2015. № 4 (179). С. 313–317.

[28] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[29] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[30] Шнирков О.І., Муравйов В.І., Заблоцька Р.О. та ін. Економічна асоціація України з Європейським Союзом / за ред. О.І. Шниркова, В.І. Муравйова. Київ : ВПЦ «Київ. ун-т», 2015. 415 с.

[31] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[32] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[33] Lefevre H., Bedolla T. Brainsurfing: the top marketing strategy minds in the world / H.Lefevre, T. Bedolla. Miami, Fl. : I've Got the Fever, 2015. 199 p.

[34] Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31997L0007 (accessed: 25.12.2019).

[35] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[36] Возний М.І. Міжнародна електронна торгівля. *Проблеми та перспективи розвитку в Україні*: зб. наук. праць Буковинського університету. Економічні науки. 2014. Вип. 7. С. 243–252.

[37] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[38] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[39] E-Commerce Europe. European B2C E-commerce Report 2014. URL: http://www.ecommerce-europe.eu/facts-figures.elect com/06-57452_Ebook.pdf. (accessed: 25.12.2019).

[40] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (accessed: 25.12.2019).

[41] Global Internet and E-CommerceTrends 2015/ yStats.com GmbH & Co. KG, 2016. 251 p.

[42] Information Economy Report 2017. UNCTAD. URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ier2017_en.pdf

[43] Krug S. Don't make me think, revisited: a common sense approach to Web usability / S. Krug, E. Bayle, A. Straiger, M. Matcho. New Riders, Peachpit, Pearson Education, 2014. 200 p.

[44] Fried L. Advanced Information Technology Use. Journal of information systems management. 2010. Vol. 10. P. 7–14.

[45] Measuring the Information Society Report 2017. URL: http://www.itu.int/en/ITUD/Statistics/Pages/publications/mis2017.aspx.

[46] Затонацька Т.Г., Плескач В.Л. Електронна комерція: підручник. Київ: Знання. 2007. 535 с.

[47] Електронна комерція: навч. посіб. / А.М. Береза, І.А. Козак, Ф.А. Шевченко та ін. Київ: КНЕУ, 2002. 326 с.

[48] Коломієць В. Міжнародні інформаційні системи. К.: Київський університет, 2001. С. 408–432.

[49] The Concept of a «Digital Economy». URL: http://odec.org.uk/theconcept-of-adigital-economy (accessed: 25.12.2019).

[50] Lindner M. Global e-commerce sales set to grow 25% in 2015. Internet RETAILER. 2015. URL: https://www.internetretailer.com/2015/07/29/global-e-commerce-setgrow-25-2015 (accessed: 25.12.2019).

[51] Garner A.B. Black's law dictionary. Thomson Reuters West. 2015. P. 336–338.

References:

A Digital Single Market Strategy for Europe. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Brussels, 6.5.2015. COM (2015) 192 final. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447773803386&uri=CELEX:52015DC0192 [in English].

Tallin Digital Summit. Creating a Digital Single Market. European Commission actions since 2015. URL: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/digital-summit-timeline-factsheet_en.pdf [in English].

Shaping the Digital Single Market URL: https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/shaping-digital-single-market#ThePillars [in English].

Pysarenko, V.P. (2014) *Porivnialnyi analiz yevropeiskogo zakonodavstva v haluzi elektronnoho dokumentoobihu. Publichne upravlinnia : teoriya ta praktyka.* № 4. S. 28–33. URL : http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/putp/2014-4/doc/1/04.pdf [in Ukrainian].

Shabliienko, A.S. (2015) *Osnovni problemni pytannia administratyvno-pravovogo reguliuvannia u saths electronnoyi komertcii.* URL : http://applaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/4-10-2015/ [in Ukrainian].

Poliakov, V.V. 2013. *Mirovaya ekonomika I mezhdunarodnyi biznes*. 5-e izd., ster. M., 688 s. [in Russian].

A European initiative in electronic commerce. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM (97) 157, 16 April 1997. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al32101 [in English].

Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31999L0093 [in English].

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce"). URL: http://eurlex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=celex:32000l0031:en:html [in English].

Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0066 [in English].

Directive 2000/46/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0046 [in English].

Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32002L0058 [in English].

REGULATION (EU) OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 2 October 2018 establishing a single digital gateway to provide access to information, to procedures and to assistance and problem-solving services and amending Regula-

tion (EU) No 1024/2012. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.295.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2018:295:TOC [in English].

Regulation (EU) 2018/644 of the European Parliament and of the Council of 18 April 2018 on cross-border parcel delivery services (Text with EEA relevance). OJ L 112, 2.5.2018, p. 19–28 [in English].

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: https://eur-lex. europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj [in English].

Pro deyaki aspekty informatsiinyh posluh, zokrema, elektronnoyi komertsii, na vnutrishniomu rynku: Dyrektyva 2000/31/YS Yevropeyskoho parlamentu ta Rady. 2000. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_224 [in Ukrainian].

Panina, D.S. (2015). Osobennosti regulirovaniya industrii elektronnih platezhey: opyt zarubezhnih stran. *Vestnik OGU.* 4 (179), 313–317 [in Russian].

Shnyrkov, O.I., Muravyov, V.I., Zablotska, R.O. (2015). Ekonomichna asotsiatsiya Ukrayiny z Yevropeyskym Soyuzom. Kyiv. 415 [in Ukrainian].

Lefevre, H., Bedolla, T. (2015). Brainsurfing: the top marketing strategy minds in the world. – Miami, Fl. : I've Got the Fever. 199 [in English].

Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31997L0007 [in English].

Voznyi, M.I. (2014). Mizhnarodna electronna torgivlia. Problemy na perspectyvy rozvytku v Ukrayini. *Zbirnyk naukovyh prats Bukovynskoho universytetu.* 7, 243–252 [in Ukrainian].

E-Commerce Europe. European B2C E-commerce Report 2014. URL: http://www.ecommerce-europe.eu/facts-figures.electcom/06-57452_Ebook.pdf [in English].

Global Internet and E-CommerceTrends 2015/ yStats.com GmbH & Co. KG, 2016. 251 [in English].

Information Economy Report 2017. UNCTAD. URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ier2017_en.pdf [in English].

Krug, S. (2014). Don't make me think, revisited: a common sense approach to Web usability. 200 [in English].

Fried, L. (2010). Advanced Information Technology Use. *Journal of information systems management.* 10, 7–14 [in English].

Zatonatska, T.H., Pleskach ,V.L. (2007). *Electronna komertsiya*. 535 [in Ukrainian].

Bereza, A.M., Kozak, I.A., Shevchenko, F.A. (2002). *Electronna komertsiya*. 326 [in Ukrainian].

Kolomiyets, V. (2001). *Mizhnarodni informatsiyni systemy.* Kyiv. 408–432 [in Ukrainian].

The Concept of a «Digital Economy». URL: http://odec.org.uk/theconcept-of-adigital-economy [in English].

Lindner, M. (2015). Global e-commerce sales set to grow 25 % in 2015. *Internet RETAILER.* URL : https://www.internetretailer.com/2015/07/29/global-e-commerce-setgrow-25-2015 [in English].

Garner, A.B. (2015). *Black's law dictionary.* Thomson Reuters West. 336–338 [in English].

Резюме

Пашков К.О. **Особливості правового регулювання електронної комерційної діяльності у Європейському Союзі.**

У статті розглянуто особливості правового регулювання електронної комерційної діяльності в межах Європейського Союзу. Для цього здійснено аналіз вторинного права Європейського Союзу, що регламентує здійснення електронної комерційної діяльності в межах Союзу. Особлива увага приділена дослідженню положень Директиви 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради ЄС «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» від 8 червня 2000 р., зокрема щодо внутрішнього ринку, спрямованих на сприяння розвитку ринку послуг інформаційного суспільства в ЄС, щодо засад укладання електронних угод в ЄС, переліку мінімальної інформації, яку повинен надати постачальник послуг інформаційного суспільства замовнику в ЄС, а також положень щодо мінімалізації відповідальності Інтернет-посередників за дії третіх осіб, пов'язані із здійсненням електронної комерційної діяльності.

Ключові слова: електронна комерційна діяльність, Європейський Союз, Директива 2000/31/ЄС, послуги інформаційного суспільства.

Резюме

Пашков К.О. **Особенности правового регулирования электронной коммерческой деятельности в Европейском Союзе.**

В статье рассмотрены особенности правового регулирования электронной коммерческой деятельности в рамках Европейского Союза. Для этого проведен анализ вторичного права Европейского Союза, регламентирующего осуществление электронной коммерческой деятельности в пределах Союза. Особое внимание уделено исследованию положений Директивы 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС «О некоторых правовых аспектах информационных услуг, в частности, электронной коммерции, на внутреннем рынке» от 8 июня 2000 г., а именно: о внутреннем рынке, о содействующих развитию рынка услуг информационного общества в ЕС, о принципах заключения электронных сделок в ЕС, о минимальной информации, которую должен предоставить поставщик услуг информационного общества заказчику в ЕС, а также положений о минимализации ответственности Интернет-посредников за действия третьих лиц, связанных с осуществлением электронной коммерческой деятельности.

Ключевые слова: электронная коммерческая деятельность, Европейский Союз, Директива 2000/31/ЕС, услуги информационного общества.

Summary

Kirill Pashkov. **The electronic commerce legal regulation features within the European Union.**

Considering that improving access to digital goods and services, creating an environment where digital networks and services can thrive, positioning of digitalization as the driving force of everything new, it becomes clear that an e-commerce legal platform of EU business entities activity will soon be subject to review in the EU and in connection with this fact, the study of the features of modern legal regulation of electronic commerce within the EU becomes both theoretical and practical relevance and significance.

The article deals with the peculiarities of legal regulation of electronic commerce within the European Union. The author of the article has analyzed in detail the legal framework and the legal norms that regulate the implementation of e-commerce in the EU and which have the greatest impact on the implementation of foreign economic activity. These norms were grouped in three directions: 1) norms that set the country of origin principle; 2) rules that recognize the legal force of electronic contracts and regulate the procedure for their conclusion; 3) rules that limit the liability of third party content providers. For this research, an analysis of secondary law of the European Union governing the conduct of electronic commerce within the Union has been carried out. Particular attention is paid to the study of the provisions of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information services, in particular e-commerce, in the internal market, namely, on the internal market, aimed at promoting the development of the EU information services market in the EU, on the principles of the conclusion of electronic agreements in the EU, a list of the minimum information that the information society service provider must give to the customer in the EU, as well as the provisions minimizing the Internet intermediaries liability for the actions of third parties related to the implementation of electronic commerce.

Key words: electronic commerce, European Union, Directive 2000/31/EC, information society services.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.73

S. SMIRNOVA

Sofia Smirnova, *Undergraduate student at University College London (UCL) studying third year BA Politics, Sociology and Eastern European Studies*[*]

ORCID 0000-0002-1500-3023

THE PIVOTAL ROLE OF THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (CJEU) IN PROTECTING CITIZENS' RIGHTS

Problems to solve. This article discusses the key issues in the case law of the Court of Justice of the European Union and the ways in which it uses direct and indirect effects, both vertical and horizontal, as a tool through which to protect EU citizens' rights. The rights discussed in this article involve equal pay without gender-based discrimination, equal tariffs and commercial policy as well as equal and fair access into the countries of the European Union as per the free movement of persons.

Analysis and Literature review. To answer the question of whether the Court of justice of the European Union served a pivotal role in protecting citizens' rights, various scholars have been considered in this analysis; P. Craig, R. Dehousse, S. Drake, P. Pescatore, R. Schuman, C. Tobler, J. Beglinger, and others. Furthermore, an important role in this assessment of the case law play the cases themselves; most prominent examples include Van Gend en Loos (1963), Defrenne (1976), Van Duyn (1974), Ratti (1979), Marshall (1986), Marleasing (1990), Simmenthal (1978) among others.

Aims of the article. This article aims to shed light on the issues surrounding the projection of citizens' rights under the principle of indirect effect, as exemplified by the case law of the Court of Justice of the European Union, particularly in the absence of the horizontal direct effect of directives.

Content of the article. The European Union (EU) is an international organisation based on the highest source of law, which is the Treaty. This is made up of the Treaty on the European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) with an equal legal value to each other. These treaties have stemmed from the development of the EU since 1951 under the European Coal and Steel Community (ECSC) Treaty which was derived from six original members creating an international organisation establishing a common market for coal and steel. This established a formal treaty in Europe that provided economic collaboration as a means of integration to eliminate conflict through a common market. However, 'Europe will not be made at one' (Schuman, 1950) and therefore, the creation of the Treaty of Rome (1957) followed with an objective of the creation of a common market. This would mean the complete removal of trade barriers, joint external tariffs, a common commercial policy and a series of common polices (for example, in agriculture, education and monetary policy) to be run by the European Commission. Through the development of various amendments such as the 1986 Single European Act (SEA) economic integration was under way with the aim of 'progressively establishing the internal market over a period expiring on 31 December 1992' (SEA, 1987) and creating 'an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured' (SEA, 1987). However, after the creation of the constitution the 'progress on ratification came to an abrupt halt when France and the Netherlands rejected the EU Constitution in their referenda' (Dehousse, 2006).

The Treaty of Lisbon, which formed the basis for the TEU, introduced the second component to complete the creation of the EU: political integration. This was established through a three-pillar structure; the European Community (EC) pillar and the introduction of rights to EU citizens (Tobler & Beglinger, 2007) common foreign and

© С.М. Смірнова, 2019

[*] ***Софія Матвіївна Смірнова,*** *студентка третього курсу Університетського коледжу Лондона*

security policy pillar allowing intergovernmental policymaking and finally, the justice and home affair pillar (TEU, 1992). This created the Lisbon Treaty which allowed a transfer of sovereignty between states through a political and economic integration, with an attached protocol Charter of Fundamental Rights (Charter of Rights, 2000). Since Treaty of Lisbon, the Charter has equal legal value as the Treaty meaning it is also a primary source of law which is able to 'provide the institutional foundations for the European Union to move forward' (Craig, 2008: 18) Therefore, the EU is based on this series of international agreements and the principle of unanimity through intergovernmental conferences. These treaties codify the protection of EU citizens' rights.

In an attempt to explain the meaning of the protection of citizens' rights it is important to acknowledge three main principles to determine whether a citizen has a particular right. There must be the initial existence of the right, secondly, the citizen must have access to this right, and finally, there must be a satisfactory enforcement of the right. These three components allow for citizens' rights to be protected. These rights must be protected by member states. However, when examining the primary sources of EU Law; the Charter and, in particular, the Treaty, the case of Van Gend en Loos (Van Gend en Loos, 1963) demonstrated the problem which occurs when member states do not follow directives. Here, the principle of direct effect became significant because there was no satisfactory enforcement of the right to the elimination of custom duties on behalf of the Dutch state. Van Gend en Loos were transporting chemical goods over member state borders and were charged custom duties, which should not have been imposed due to Article 30 (TFEU), which states that 'custom duties between states must be eliminated and no new custom duties can be introduced' (Article 30 TFEU). Therefore, as a result of judicial creation of the Court of Justice of the EU (CJEU) and its teleological interpretation of the objectives of the Treaty, 'direct effects' (Van Gend en loos, 1963) were produced, with the rationale being that 'individual rights which national courts must protect' were created. It is important to note that direct effect is a doctrine and is therefore not codified in the Treaty. The case exhibited the significance of Vertical Direct Effect (VDE) in relation to an individual standing against the state before the Dutch National Court. The result was that Van Gend en Loos were refunded and from that point, there was a constitutionalisation of EU law and in particular EU rights, free movement rights, which then became a fundamental status of EU citizens. The case of Van Gend en Loss was pivotal as it proved to have a significant constitutional implication and be a case in which the individual was able to challenge the state under the international order for the first time.

Similarly, the case of Defrenne [1976] contributed to the development of Horizontal direct Effect (HDE), involving an individual standing against another individual before a national court. The TFEU laid out an important provision on gender pay and stated that 'men and women should receive equal pay' (Defrenne, 1976) and this is to be a guaranteed right of an individual. The result of the Defrenne case meant that female workers would be reimbursed for pay that they did not receive for equal work. Significantly the court limited the retrospective effect of the law meaning it was 'impossible in principle to reopen the question ass regards the past' (Defrenne, 1976) thus women could not start legal action with hindsight. This was on the condition that the directive enforcing the principle of gender pay equality was 'clear, precise and unconditional' and therefore, there was HDE enforcing the idea of 'l'etat c'est moi' (Pescatore,1983: 185) as Defrenne was able to take action for her rights as an individual against a private employer on the basis of international law. Both concepts of VDE and HDE mean that EU law confers upon individuals' rights that national courts must protect under the condition that the directive in question is 'clear, sufficiently precise and unconditional' (Salgoil, 1968) (meaning its operation must not depend upon further action or discretion by national or EU authorities).

The effects of VDE and HDE are, however, different when applying them to secondary sources of EU Law used by 'the European Parliament acting jointly with the Council and the Commission which 'shall make regulations and issue directives, take decisions, make recommendations or deliver opinions' (Article 288, TFEU) through which Institutional power within the EU is enacted. The discussion will focus on the directives of institutions and their implementation. Directives are addressed to member states, meaning it is the states' obligation to implement them, and are binding as to the result to be achieved, meaning that they are binding until they have been successfully implemented. In addition, directives have a time limit in which they must be implemented and allow for discretion for member states on how they choose to implement the directive, for example, member states must implement the direct within the specified time limit, however, are able to decide what national law should be passed for successful implementation. The case of Van Duyn demonstrated that if the necessary criteria for direct effect are filled (that the directive is clear, precise and unconditional) then the CJEU will rule for the directive to be directly effective. Van Duyn was denied access at the United Kingdom (UK) border due to her association with the Church of Scientology 'in accordance with the policy of the Government and with Rule 65 of the relevant Immigration Rules for Control of Entry' (Van Duyn, 1974) as this was directed by the 'the Secretary of state' personally. However, the directive (Directive No 64/- 221/EEC) had successfully fulfilled the criteria and therefore the member State (the United Kingdom) had to take into account, 'as a matter of personal conduct of the individual concerned' despite the individuals' (Van Duyn, 1974) association 'with some body or organization the activities of which the Member State considers socially harmful.' Therefore, despite the Member State placing national restrictions upon Van Duyn entrance to the UK, the directive had to take precedence over national law.

Nevertheless, there will be no direct effect in cases such as Ratti [1979] in which the time limit for the Member State to fulfil the directive is not yet expired.

The CJEU ruled that 'after the expiration of the period fixed for the implementation of a directive a Member Sate may not apply its internal law' (Ratti, 1979). The Italian state had not yet adapted the directive (Directive No 73/173/EEC) into compliance, however, the time limit for implementation of the directive had expired. This case

was significant as it demonstrated the importance of the time limit for implementation of directives, as in the case of Ratti, the CJEU established the enforcement of direct effect in the case of an expired time limit.

However, as demonstrated by the case of Marshall, there is an absence of an HDE in secondary sources of EU law. Directives are addressed to member states and therefore, de facto, cannot be on an individual basis, meaning that it is not possible for an individual to be held liable for a member state's failure to implement a directive. The CJEU stated that the 'purpose of the Directive is to put into effect in the Member States the principle of equal treatment for men and women as regards the various aspects of employment' (Marshall, 1986) meaning that both men and women must be 'guaranteed the same conditions without discrimination on grounds of sex' (Marshall, 1986). This was the case of Marshall, who was dismissed due to having 'passed the qualifying age for a State pension, which age is different under national legislation for men and women' (Marshall, 1986). The court ruled that the directive places Member States under the 'duty to take the necessary measures' enabling compensation for those pursuing claims of discrimination, and these must be 'sufficiently effective to achieve the objective of the Directive' (Marshall, 1986). Thus, the Member State was held liable for the case of 'discrimination on grounds of sex' (Marshall, 1986) as it was contrary to the Directive. It cannot be the private employer itself that is held liable for a Member State's failure to implement a directive, meaning there is an absence of an HDE in secondary sources of EU law.

The absence of an HDE signifies the pivotal role of indirect effect in protecting citizens' rights, and unlike the direct effect of directives, indirect effect applies in horizontal situations. Indirect effect is also known as the 'interpretative obligation' or the 'principle of harmonious interpretation' meaning national courts of Member States are to 'interpret the national law, wherever possible, in conformity with EU law' (Von Colson, 1984). Indirect effect is useful where the provisions of the EU measure are not sufficiently clear, precise and unconditional for direct effect to apply as demonstrated by the Marleasing [1990] case in which the CJEU ruled that 'in applying national law, whether the provisions in question were adopted before or after the directive, the national court called upon to interpret it is required to do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter' (Marleasing, 1990). Article 4(3) TEU introduced the rationale of indirect effect declaring that Member States are to 'facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives' (Article 4(3) TFEU). This contains positive (implementation of the directive) and negative (refraining from jeopardising the objective of the directive) obligations of states. In extension, the Principle of Loyal Collaboration which means that once state become members of the union, they must implement EU law in good faith. The Von Colson case of harmonious interpretation demonstrated that when a directive is not implemented in an appropriate manner the judge would provide a teleological interpretation of EU law based on the objectives of the EU (including the achievement of a common market, free movement of goods and peoples and the protection of rights) (Drake, 2005).

Following the rationale of direct effect which focuses on the protection of citizens' rights, the CJEU introduced alternative ways in which this would be achieved in the absence of HDE. In some cases, not only indirect effect is valuable, but also the expansion of the vertical direct effect of secondary sources of EU law, known as the Emanation of the State. Individuals are able to seek alternative methods in the protection of their rights against private employers, in cases where the state does not implement the directives. Drawing on the case of Foster v British Gas [1990] the CJEU gave the 'state' the widest possible definition in order to reduce the rigour of the rule of no horizontal direct effect of directives. The new definition defines the state as a body made responsible by the state for providing a public service under state control and which possesses special powers exceeding those normally applicable to relations between individuals' (Foster, 1990). This was significant because it meant that any public employers, state authorities or private companies with special rights were to be considered representatives of the state and were therefore liable in court, which further aided the protection of citizens' rights. This alternative principle of the Emanation of the State significantly displays that indirect effect is not the only way in which citizens' rights can be protected in the absence of an HDE.

In addition to the Emanation of the State, the principles of Supremacy, State Liability and Preliminary References also act as alternatives to indirect effect, in the absence of an HDE, signifying that indirect effect does not always play the most pivotal role. These concepts are not codified in the Treaty, and thereby demonstrate the constitutional importance of the CJEU and its interpretative abilities in creating systems which will further protect citizens' rights in the absence of an HDE or as an alternative to indirect effect. The concept of Supremacy was first introduced by the case of Costa v Enel [1964] and was defined as the doctrine of EU Law (whether prior or subsequent) which confers upon individuals' rights that national courts must protect. This definition was significant as it meant that national courts of Member States had the obligation to set aside provisions of national law that were conflicting with the EU Law, due to direct effect, thereby creating a new legal order. It Supremacy enforced 'the integration into the laws of each Member State of provisions which derive from the Community, and more generally the terms and spirit of the Treaty, make it impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity' (Costa v ENEL, 1964). Supremacy acts as a precondition to the existence of the community itself as 'the law stemming from the treaty … could not be overridden by domestic legal provisions, however framed' (Costa v ENEL, 1964) they may be. The final wording demonstrates how Costa v Enel further set out the principle of precedence that EU law takes over constitutions of Member States, despite their significance as the highest source of national law. Constitutions of Member States are to be overridden by the supremacy of EU Law. It is important to note that the principle of Supremacy assumes that the directive in question is already implemented as judges must not interpret non-imple-

mented directives. This principle was further enforced by the ground-breaking case of Simmenthal [1978] which specified that '…any national court must apply Community law in its entirety' to protect rights, 'and must set aside any provision of national law which may conflict with it' (Simmenthal, 1978) taking away all sanitary control taxes on all Member States. Moreover, the direct effect of Supremacy was established significantly meaning that if national judges, as organs of the state, were to not comply with the doctrine of supremacy of EU law, states would be liable for their actions. The Simmenthal case concluded that, 'the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to fundamental rights as formulated by the Constitution of that State' (Simmenthal 1978).

However, the case of Factortame raised the issue of the principle of parliamentary supremacy, which caused difficulties in the establishment of EU Law supremacy in the UK due to the absence of a written constitution. In this case the UK must set aside the Merchant Shipping Act and for the first time, it was established that if a parliamentary act is in breach of EU Law, it must set aside parliamentary supremacy. This was established on the condition that the House of lords established under the Metric Martyrs Case, stating that the UK is to 'accept supremacy of EU law because there is a transfer of sovereignty from the parliament to the EU Law, however, there is supremacy not because the EU Law is actually supreme but because the UK gave away their supremacy' (Metric martyrs, 2002). The case of Internationale [1970] further discussed the question of national constitutional supremacy versus supremacy of EU law. In this case the 'Community levies were contrary to the German constitution and therefore inapplicable according to the German national court' (Internationale, 1970). However, the judge ruled, upon the advice of the CJEU, that ultimately 'it was in a position to declare supremacy over national constitutional law' (Internationale, 1970) establishing the crucial supremacy of EU Law over constitutional provisions of Member States.

The principle of State Liability is another doctrine through which the CJEU mitigates the rejection of the HDE of directives in damages for non-implementation of a directive. Encompassing the further debate about the creation of effective remedies as an obligation upon national courts, the doctrine of State Liability is conditional upon the directive conferring rights for individuals, rights that are identifiable from the directive and containing a causal link between the damages suffered and the breach itself. This was established by Francovich [1991] in an attempt by the CJEU to introduce a compensation scheme when firing workers, in order to protect their rights. Due to an absence of an HDE in this case, the workers were not able to challenge the employer as the directive was not implemented, not sufficiently clear and had an expired time limit. Therefore, the court ruled that the state held liability for the failure to implement the directive in the first place due to their international obligation to the EU. The conditions for State Liability were demonstrated by the case of British Telecommunications (BT) in which despite the UK incorrectly transposing a Directive into national law the Court ruled that no serious breach had occurred as the Directive was unclear and thereby capable of interpretation by the British authorities. In this case, there was no obligation to compensate BT for any loss suffered, despite the State's error. This indicates the crucial importance of the conditions for State Liability, as without a clear Directive a State is not liable (R v HM Treasury, 1996). The quintessence of State Liability is therefore the effective judicial protection of citizens' rights, in the absence of an HDE or as an alternative to indirect effect.

Finally, when discussing the protection of citizens' rights, it is crucial to not only focus on the principles of direct and indirect effect, supremacy and state liability, but also the way in which these principles give individuals the legal structures to protect their rights. Preliminary References involve the process of constitutionalisation of the Chapter of the Fundamental Rights of EU citizens. Preliminary References are the procedural structures made to reach direct effect, state liability and supremacy with the rationale of protecting citizens' rights. Introduced by Article 267 (TFEU), the CJEU 'shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning the interpretation of the treaties; and the validity of acts of the institutions of the Union' (Article 267 TFEU) thereby covering all sources of EU law. Preliminary References have not only opened the channel for litigation before the CJEU, independent of the Commission thereby taking away political pressure from it, but also have enhanced the position of the individual within the system of EU law with the creation of access for individuals to the CJEU. The significance of preliminary references is that it gives legitimacy to the CJEU whilst allowing national courts to enforce EU law through the already available sanctions within the national systems, further ensuring a uniform interpretation of the laws set out by the Community.

Conclusions. EU law aims to protect rights of individuals and provide uniformity of the rule of law (Drake, 2005) and in cases where there is an absence of horizontal direct effect, the principle of indirect effect plays a pivotal role in achieving this aim. The CJEU has 'consistently held the that the community is based upon the rule of law' (Drake, 2005) meaning that in order to protect individuals' rights in all cases, indirect effect plays a significant role. EU Law is constantly subject to interpretation, as the context changes the interpretation of the principles change (Drake, 2005). Therefore, the development of EU Law is incremental requiring a case-by-case analysis, as demonstrated above by the cases of indirect effect. Indirect effect facilitates 'the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives' (Article 4(3) TFEU). Thus, it can be concluded that amongst other methods that the CJEU developed as an alternative to direct effect, the principle of indirect effect plays a pivotal role in protecting citizens' rights.

Bibliography:

Article 3 (1) of Directive No 64/221.

Article 4(3) TFEU.

Article 30 TFEU.

Article 267 TFEU.

Article 288 TFEU.

Article 48 of the EEC Treaty.

Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 6[1] TEU, 2000 O.J. C 83/02, [hereinafter Charter of Rights].

Craig, P. (2008). The Treaty of Lisbon, process, architecture and substance. [online] European Law Review, Oxford, pp.18 Available at: https://moodle-1819.ucl.ac.uk/pluginfile.php/325791/mod_resource/content/3/Craig_-_The_Treaty_of_Lisbon_process_architecture_and_substance.pdf Accessed 10 January 2019.

Craig, P. & de Burca G. (2008). *EU Law, Texts, Cases and Mater*ials (6th ed.). OUP.

Dehousse, R. (2006) *The Unmaking of a Constitution: Lessons from the European Referenda*. 13 Constellations 151.

Drake, S. (2005), *'Twenty Years after "Von Colson": The Impact of "Indirect Effect" on the Protection of the Individual's Community Rights'* 30 ELRev. 329 [online] European Law Review, pp.1-3, Available at: https://moodle-1819.ucl.ac.uk/pluginfile.php/325798/mod_resource/content/1/Drake_-_Twenty_years_after_Von_Colson.pdf Accessed 10 January 2019.

Pescatore, P. (1983) *The Doctrine of 'Direct Effect': An Infant Disease of Community Law*. 8 ELRev 155, pp. 158.

Schuman, R. (1950). *Declaration of 9th May 1950*. [online]. European Issue: Fondation Robert Schuman, no.204, Available at: https://www.lawteacher.net/oscola-referencing/website.php Accessed 10 January 2019.

Single European Act, 1987 O.J. L 169/1, [hereinafter SEA] (amending Treaty Establishing the European Economic Community, Mar. 25, 1957, 298 U.N.T.S. 11 [hereinafter EEC Treaty]).

Tobler, C. & Beglinger, J. (2007) *The EU following the Lisbon Treaty (Reform Treaty*), in Essential EC Law in Charts, [online] WebCompanion, ch.2a, pp.9, Available at: https://moodle-1819.ucl.ac.uk/pluginfile.php/325789/mod_resource/content/2/%2A%2A%2ACHART_EU_Lisbon_Treaty_2008.pdf Accessed 10 January 2019.

Treaty on European Union (Maastricht text), July 29, 1992, 1992 O.J. C 191/1 [hereinafter TEU].

Table of Cases:

Case 43/75, *Defrenne v Soviete Anonyme Belge de Navigation Aerienne (no.2)* [1976] ECR 455, [1976] ICR 547, [1981] 1 All ER 122 [hereinafter Defrenne].

Case 6/64 *Flaminio Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 593 [hereinafter Costa v ENEL].

Case C-188/89 *Foster and Others v British Gas plc* [1990] ECR I-3313 [hereinafter Foster].

Cases C-6 and 9/90 *Francovich, Bonifaci & others v Italian Republic* [1991] ECR I-5357 [hereinafter Francovich].

Case 11/70 *Internationale Handelgesellschaft* [1970] ECR 1125 [hereinafter Internationale].

Case C-106/89 *Marleasing SA v La Comercial Internacionale de Alimentacion SA* [1990] ECR I-4135 [hereinafter Marleasing].

Case 152/84 *Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* [1986] ECR 723 [hereinafter Marshall].

Case 26/62, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v Nederlandse Administratis der Belastingen* [1963] ECR 1 [hereinafter Van Gend en Loos].

Case 148/78 *Pubblico Ministero v Tullio Ratti* [1979] ECR 1629, [23] [hereinafter Ratti].

Case C-213/89 *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others* [1990] ECR I-2433 [hereinafter Factortame].

Case 106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629.

Case 13/68 *SpA Salgoil v Italian Ministry of Foreign Trade* [1968] ECR 453 [hereinafter Salgoil].

Case EWHC 195 *Steve Thoburn v Sunderland City Council; Colin Hunt v London Borough of Hackney; Julian Harman and John Dove v Cornwall County Council; Peter Collins v London Borough of Sutton* [2002] [hereinafter Metric Martyrs].

Case C-392/93 *The Queen v HM Treasury, ex parte British Telecommunications plc* [1996] ECR I-1633 [hereinafter R v HM Treasury].

Case 41/74 *Van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337 [hereinafter Van Duyn].

Case 14/83 *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1986] ECR 1891 [hereinafter Von Colson].

Резюме

Смірнова С.М. **Основна роль прецедентної практики Суду Європейського союзу (CJE) у захисті прав громадян.**

У статті розглядається прецедентна практика Суду Європейського Союзу (СЕС) з метою вияснити способи, які наочно ілюструють принцип опосередкованої дії. Стверджується, що непрямий ефект відіграє ключову роль у захисті прав громадян, особливо за відсутності прямого, горизонтального впливу директив. Досліджені випадки дозволили показати принципові, важливі шляхи розвитку права Європейського Союзу, оскільки воно постійно піддається необгрунтованому тлумаченню. На прикладі ряду досліджуваних ситуацій пропонуються важливі, принципові шляхи розвитку права ЄС, оскільки вони складаються з великої кількості критеріїв і нерідко підлягають спотвореному тлумаченню. Поетапний характер дії права ЄС, як на етапі початкового комуніцирования скарги властям, так і на наступному етапі розгляду, вимагає ретельного аналізу та певних висновків у кожному конкретному випадку.

Насамперед, важливо зрозуміти та пояснити значення захисту прав громадян, для чого потрібноо визнати три основні принципи, чи має громадянин конкретне право. По-перше, має бути початкове існування права, по-друге, громадянин повинен мати доступ до цього права, і, нарешті, повинно бути належне здійснення права. Ці три компоненти забезпечують захист прав громадян. Права повинні бути захищені державами-членами ЄС. Однак, при дослідженні першоджерел права ЄС (Хартія і, зокрема, Договір) справа Ван Генд ен Лоос (Van Gend en Loos, 1963) виявилась проблема, яка виникає, коли держави-члени не дотримуються директив. Тут принцип прямого ефекту набув певного значення, оскільки не було задовільного застосування права на скасування митних зборів від імені голландської держави. Ван Генд ен Лоос перевозив хімічні товари через кордони держав-членів ЄС, що стягували митні збори. Однак, це суперечило статті 30 (ДФЕС), за якою митні збори між державами

повинні бути усунені, і жодних нових митних зборів не має бути запроваджено. Таким чином, у результаті прийняття судового рішення Судом ЄС (СЄС) були визнані « індивідуальні права, які повинні захищатися національними судами».

Ключові слова: захист прав громадян, пряма дія, непряма дія, прецедентне право Суду Європейського Союзу (CJEU), директиви.

Резюме

Смирнова С.М. **Основная роль прецедентной практики Суда Европейского союза (СЕС) в защите прав граждан.**

В статье рассматривается прецедентная практика Суда Европейского союза (СЕС) и делается попытка показать, каким образом она наглядно иллюстрирует принцип косвенного воздействия. Утверждается, что косвенный эффект сыграл ключевую роль в защите прав граждан, особенно при отсутствии горизонтального, прямого, директивного воздействия. На примере ряда исследуемых ситуаций предлагаются принципиальные, первостепенной важности, пути развития права Европейского союза, поскольку оно постоянно заключается в собственном представлении, складывается из большого числа критериев и зачастую, как известно, подлежит искаженному толкованию. Поэтапный характер действия права ЕС, как на этапе первоначального коммуницирования жалобы властям, так и на последующем этапе разбирательства, требует тщательного анализа и определенных выводов в каждом конкретном случае, особенно при косвенном воздействии. Рассматривать прецедентное право Европейского Союза следовало бы в каждом конкретном случае, ибо с изменением контекста изменяется и толкование принципов.

Ключевые слова: защита прав граждан, прямое действие, косвенное воздействие, прецедентное право Суда Европейского Союза (CJEU), директивы.

Summary

Sofia Smirnova. **The pivotal role of the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in protecting citizens' rights.**

The article examines the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and aims to exemplify the ways in which it clearly illustrates the principle of indirect effect. The article would argue that indirect effect has played a pivotal role in protecting citizens' rights, particularly in the absence of the horizontal direct effect of directives. The main cases explored in the article examine the ways in which the law of the European Union has been developing as it is constantly subject to interpretation. It is important to examine the case law of the European Union on a case-by-case basis, as with contextual change, changes the interpretation of the principles. The development of EU Law is incremental requiring a careful case-by-case analysis, as demonstrated in the article above by the cases of indirect effect.

Key words: protection of citizens' rights, direct effect, indirect effect, case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), directives.

DOI: 10.36695/2219-5521.4.2019.74

УДК 341.231.145

К.С. СОКЛАКОВА

Карина Сергіївна Соклакова, *студентка магістратури Київського національного університету імені Тараса Шевченка*[*]

ORCID: 0000 0003 4708 5446

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНИМИ СУДАМИ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України[1].

17 липня 1997 р., ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), Україна повністю визнала на своїй території дію ст. ст. 25 та 46 Конвенції щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини (далі – Суд) в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції[2].

З метою врегулювання відносин, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Суду у справах проти України, з необхідністю усунення причин порушення Україною Конвенції і протоколів до неї, із провадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини, зі створенням передумов для зменшення числа заяв до Суду проти України було прийнято Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

Відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права[3].

© К.С. Соклакова, 2019

[*] ***Karina Soklakova,*** *Master student of the Law Faculty of Taras Shevchenko National University of Kyiv*

Незважаючи на те, що законодавством України прямо передбачено, що застосування практики Суду національними судами є обов'язковим, на сьогодні досі є актуальними питання обов'язковості застосування практики Суду у справах проти інших держав, місця практики Суду в системі джерел права України, доцільності застосування неофіційного перекладу рішень Суду при розгляді справ національними судами тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемним питанням застосування практики Суду національними судами присвячено праці таких науковців, як М. Буроменський, О. Гаврилюк, У. Коруц, О. Сердюк, Т. Фулей, С. Шевчук та ін.

Формулювання мети статті. Невизначеність щодо обов'язковості застосування практики Суду у справах проти інших держав, місця практики Суду в системі джерел права України, доцільності застосування неофіційного перекладу рішень Суду при розгляді справ національними судами є підставою виникнення проблемних питань під час розгляду справ національними судами, що в результаті призводить до порушення конституційного права людини на захист власних прав і свобод. З огляду на це виникає необхідність дослідження позицій науковців та суддів щодо проблемних питань та виокремлення шляхів їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Однією з проблем застосування практики Суду національними судами в Україні є нечітка позиція законодавця з приводу обов'язковості застосування рішень Суду у справах проти інших держав як джерела права в Україні.

Відповідно до п. 2 ст. 18 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» для цілей посилання на рішення та ухвали Суду та на ухвали Комісії суди використовують переклади текстів рішень Суду та ухвал Комісії, надруковані спеціалізованим виданням, що має поширення у професійному середовищі правників.

Як зазначає Т. Фулей, Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» розглядає поняття «практика суду» у значенні, розкритому у ст. 1 зазначеного Закону, тобто таке поняття охоплює практику Суду та Європейської комісії з прав людини, а не лише рішення щодо України. Крім того, зазначений Закон не містить положень, які б забороняли застосовувати рішення чи ухвали Суду, постановлені щодо інших країн[4].

Варто погодитись із тим, що положення Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» не передбачають заборону застосування практики Суду у справах проти інших держав. Але згідно зі ст. 1 зазначеного Закону рішенням є: а) остаточне рішення Суду у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод; б) остаточне рішення Суду щодо справедливої сатисфакції у справі проти України; в) рішення Суду щодо дружнього врегулювання у справі проти України; г) рішення Суду про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України.

Невизначеність щодо обов'язковості застосування національними судами практики Суду у справах проти інших держав як джерела права в Україні породжує наявність протилежних позицій, зокрема висловлених Верховним Судом у своїх рішеннях. Наприклад, в Ухвалі Верховного Суду від 21 квітня 2016 р. у справі № 6-756цц16 зазначено, що заявник в обґрунтуванні своїх вимог посилався на рішення Суду у справах «Подбіелські та ППУ Полпуре проти Польщі», «Крейц проти Польщі», «ФК Мретебі проти Грузії» і зазначив, що вказані рішення мають прецедентний та доктринальних характер для органів державної влади України. У відповідній ухвалі Верховим Судом підкреслювалося, що у наведених заявником у даній справі рішеннях ЄСПЛ Україна не була стороною, тому положення вказаних рішень Суду не мають прецедентного характеру у даній справі та не можуть бути застосовані до правовідносин щодо обчислення судового збору, його сплати, а також звільнення осіб від його сплати, які регулюються національним законодавством України[5].

Проте існує інша позиція, викладена у п. 2 Інформаційного листа Вищого Господарського Суду України від 22 квітня 2016 р. № 01-06/1444/16 «Про Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, юрисдикцію та практику Європейського суду з прав людини», відповідно до якого у зв'язку з ратифікацією Конвенції, протоколів до неї та прийняттям Верховною Радою України Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» господарським судам у здійсненні судочинства зі справ, віднесених до їх підвідомчості, слід застосовувати судові рішення та ухвали Суду з будь-якої справи, що перебувала в його провадженні[6].

З метою вирішення проблемних питань щодо обов'язковості застосування рішень Суду у справах проти інших держав як джерела права в Україні, Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини 5 жовтня 2017 р. було направлено конституційне подання до Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення частини першої ст. 9 Конституції України. Однак ухвалою Великої палати Конституційного Суду України від 31 травня 2018 р. було відмовлено у відкритті конституційного провадження у даній справі з огляду на те, що вирішення питань щодо застосування судами України будь-яких актів законодавства України, положень Конвенції, рішень Суду як взагалі, так і щодо їх пріоритетності, не належить до повноважень Конституційного Суду України. Крім того, відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначених процесуальним законом, забезпечує Верховний Суд[7].

Як зазначає Л. Вільдхабер (президент Суду з 1 листопада 1998 р. – 18 січня 2007 р.), Суд формує певні прецедентні правоположення, і якщо в майбутньому, розглядаючи справу навіть щодо іншої держави, він констатує там аналогічну ситуацію з порушенням прав людини, то цілком очевидно, що він застосовує такий самий підхід, як і в попередній справі. Суд продовжує пропонувати національним судам напрям розвитку й

еволюції захисту прав людини. Суд дотримується своїх прецедентів, за винятком випадків, коли існують переконливі причини, що змушують скоригувати тлумачення Конвенції 1950 р. у зв'язку зі змінами соціальних цінностей чи повсякденних умов життя. Суд при цьому не тільки притримувався своїх прецедентів щодо постанов, які виносяться, а й визнавав, що однакових мінімальних європейських стандартів мають дотримуватись всі держави-члени Ради Європи[8].

На необхідність застосування національними судами практики Суду у справах проти інших держав-учасниць Конвенції вказує С. Шевчук, котрий зазначає, що прецедентне право, створене Судом, є обов'язковим джерелом права України, оскільки, ратифікувавши Конвенцію та Протоколи до неї, Україна повністю визнала на своїй території дію ст. 46 Конвенції щодо визнання обов'язковою й без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Суду в усіх питаннях, що стосуються тлумачення й застосування Конвенції. Визнання практики Суду джерелом права в Україні, на думку науковця, зумовлено також міркуванням практичної доцільності, оскільки, як зауважує Венеціанська комісія «За демократію через право», за умови обмеженості державних ресурсів набагато краще витрачати фінанси на проведення необхідних реформ, які допоможуть запобігти порушенням Конвенції, ніж сплачувати справедливу сатисфакцію тим особам, які вже страждають від таких порушень[9].

Як зазначає У. Коруц, неузгодженість щодо обов'язковості застосування практики Суду національними судами як джерела права має бути усунена крізь призму значення прецедентної практики Суду шляхом законодавчого визначення її місця у правовій системі України[10].

Варто підкреслити, що ГО «Інститут прикладних гуманітарних досліджень» в межах проєкту «Гарантування дотримання прав людини при здійсненні правосуддя» Координатора проєктів ОБСЄ в Україні було здійснено моніторинг судових рішень щодо застосування в Україні положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Суду. У результаті моніторингу було підготовлено аналітичний звіт, що містить результати дослідження використання українськими суддями положень Конвенції та практики Суду, проведеного у період з грудня 2015 р. по листопад 2017 року. Експертами опрацьовано 3 592 рішення, ухвалених 680 суддями, які пройшли навчання із застосуванням Конвенції та практики Суду в межах відповідного проєкту.

В аналітичному звіті за результатами моніторингу було розроблено відповідні рекомендації, які вказують на необхідність перегляду постанов пленумів вищих судів щодо застосування міжнародних договорів, де в окремих розділах необхідно давати тлумачення значення такого джерела права, як рішення міжнародних судів, з чіткими вказівками щодо статусу тих із них, юрисдикція яких поширюється на Україну[11].

У результаті проведеного дослідження також було виявлено такі проблеми застосування практики Суду, як вибірковість застосування практики Суду, посилання на загальні принципи та тлумачення з ігноруванням передбачених Судом умов їх застосування, абсолютизація обов'язковості правової позиції Суду, застосування рішення Суду за аналогією, посилання на практику Суду за наявності чітких та несуперечливих положень національного закону тощо.

Вирішення вказаних проблем пропонується шляхом внесення відповідних змін до законодавства, зокрема потребують перегляду концепція та зміст глави 4 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», що мають узгоджуватися з положеннями нового процесуального законодавства та сучасними уявленнями теоретиків і практиків про правову природу рішень Суду. Усунення деяких проблем застосування практики Суду може бути можливим і в разі підготовки постанови Пленуму Верховного Суду про застосування Конвенції та практики Суду, що має базуватися на ґрунтовному аналізі недоліків та особливостей практики національних судів. У аналітичному звіті наводяться й певні рекомендації щодо діяльності Національної школи суддів та Вищої кваліфікаційної комісії суддів, а також щодо змісту та методики проведення тренінгів для суддів.

Ще однією проблемою застосування національними судами практики Суду є відсутність офіційних перекладів рішень Суду, що зумовлює неможливість застосування такого рішення як джерела права. Адже Суд ухвалює рішення англійською або французькою мовами, а Україна, ратифікувавши Конвенцію, взяла зобов'язання офіційного перекладу рішень Суду у справах, в котрих вона є стороною. Як зазначає О. Гаврилюк, навіть якщо учасник справи або його представник володіє вказаними мовами та намагається обґрунтувати власну позицію посиланням на таку практику Суду, судді часто не беруть до уваги вказану практику, аргументуючи свою позицію саме відсутністю офіційного перекладу таких рішень[12]. Крім того, у багатьох випадках застосування практики Суду із штучним перенесенням понять та концептів англосаксонської правової системи, що тлумачаться у справах проти відповідних країн, можуть бути абсолютно незастосовними у країнах континентальної правової системи і навпаки. У зв'язку з цим виникає необхідність розроблення та впровадження механізму забезпечення й гарантування державою стандартів, завдяки яким буде можливим здійснення ефективного захисту конвенційних прав. Погоджуючись із думкою О. Гаврилюка, варто зазначити, що на сьогодні єдиним виходом із даної ситуації є створення єдиної електронної бази, котра буде містити офіційні переклади рішень Суду українською мовою, що забезпечить їх доступність та поширення. Також, на нашу думку, необхідно доповнити Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» низкою технічних положень щодо порядку оприлюднення рішень Суду, використання сучасних інформаційних технологій тощо.

Висновки. Недостатньо чітке формулювання норм Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» щодо обов'язковості застосування практики Суду у

справах проти інших держав є підставою неоднакового застосування національними судами норм законодавства, що породжує порушення конституційного права людини на захист власних прав та свобод. Завдяки аналізу позицій науковців можна зробити висновок, що вирішення вказаної проблеми може бути здійснено шляхом перегляду постанов пленумів вищих судів щодо застосування міжнародних договорів, де в окремих розділах необхідно надати тлумачення значенню такого джерела права, як рішення міжнародних судів, з чіткими вказівками щодо статусу тих із них, юрисдикція яких поширюється на Україну. Вирішенню проблемних питань застосування практики Суду національними судами, на нашу думку, також сприятиме доповнення законодавства низкою положень щодо оприлюднення рішень Суду та запровадження єдиної електронної бази, котра буде містити офіційні переклади рішень Суду українською мовою, з метою забезпечення їх доступності й поширення.

---

[1] Конституція України : Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР / База даних «Законодавство України». ВР України. URL: http://zakon2.rada.qov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 10.12.2019).

[2] Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон від 17.08.1997 р. № 475/97-ВР / База даних «Законодавство України». ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 10.12.2019).

[3] Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон від 23.02.2006 р. № 3477-IV / База даних «Законодавство України». ВР України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3477-15 (дата звернення: 10.12.2019).

[4] Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : наук.-метод. посіб. для суддів. Київ, 2015. 208 с.

[5] Ухвала Верховного Суду від 21.04.2016 р. у справі № 6-756ц16. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/57345903 (дата звернення: 10.12.2019).

[6] Про Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, юрисдикцію та практику Європейського суду з прав людини : інформаційний лист Вищого Господарського Суду України від 22.04.2016 р. № 01-06/1444/16. База даних «Законодавство України». ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1444600-16

[7] Ухвала Великої палати Конституційного Суду України від 31.05.2018 р. у справі № 1-77/2018 (4117/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v028u710-18

[8] Вільдхабер Л. Місце Європейського суду з прав людини у європейському конституційному контексті. *Вісник Конституційного Суду України*. 2002. № 1. С. 56–62.

[9] Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : реферат. Київ, 2007. 640 с.

[10] Коруц У.З. Окремі питання виконання рішень Європейського суду з прав людини. *Актуальні проблеми правознавства* : ел. версія. 2016. № 1. URL: http://dspace.tneu.edu.ua/bitstream/316497/6647/1/%D0%9A%D0%BE%D1%80%D1%83%D1%86%20%D0%A3.pdf

[11] Буроменський М.В., Сердюк О.В. Аналітичний звіт за результатами моніторингу судових рішень щодо застосування в Україні положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини. 2018. URL: https://www.osce.org/uk/project-coordinator-in-ukraine/390506?download=true

[12] Гаврилюк О. Проблемні питання застосування практики Європейського суду з прав людини національними судами. *Підприємництво, господарство і право* : ел. версія. 2018. № 4. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/4/40.pdf

References:

The Constitution of Ukraine № 254k/96-VR (1996, June 28). Baza danih «Zakonodavstvo Ukrayini» / VR Ukrayini. Retrieved from: http://zakon2.rada.qov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80 [in Ukrainian].

Law of Ukraine on the ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the First Protocol and Protocols Nos. 2, 4,7 and 11 to Convention № 475/97-VR // Baza danih «Zakonodavstvo Ukrayini» / VR Ukrayini. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80 [in Ukrainian].

Law of Ukraine on the enforcement of decisions and the application of the case law of the European Court of Human Rights № 3477-IV // Baza danih «Zakonodavstvo Ukrayini» / VR Ukrayini. Retrieved from: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3477-15 [in Ukrainian].

Fulej, T.I. (2015). Application of the case law of the European Court of Human Rights in the administration of justice: a scientific and methodological guide for judges. Kyiv: Naukovi posibniki Nacionalnoyi shkoli suddiv Ukrayini [in Ukrainian].

Uhvala Verhovnogo Sudu vid 21.04.2016 roku po spravi № 6-756c16 Retrieved from: http://reyestr.court.gov.ua/Review/57345903 [in Ukrainian].

Information Letter of the Supreme Economic Court of Ukraine On the 1950 Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Jurisdiction and Practice of the European Court of Human Rights № 01-06/1444/16 // Baza danih «Zakonodavstvo Ukrayini» / VR Ukrayini. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1444600-16 [in Ukrainian].

Decision of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine № 1-77/2018(4117/17) Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v028u710-18 [in Ukrainian].

Vildhaber, L. (2002). The place of the European Court of Human Rights in the European constitutional context. *Visnik Konstitucijnogo Sudu Ukrayini,* 1, 56–62 [in Ukrainian].

Shevchuk, S. (2007). Litigation: World experience and perspectives in Ukraine. Kyiv: Referat [in Ukrainian].

Koruc, U.Z. (2016). Specific issues regarding the enforcement of judgments of the European Court of Human Rights. *Aktualni problemi pravoznavstva,* 1. Retrieved from: URL:http://dspace.tneu.edu.ua/bitstream/316497/6647/1/%D0%9A%D0%BE%D1%80%D1%83%D1%86%20%D0%A3.pdf [in Ukrainian].

Buromenskij, M.V., & Serdyuk, O.V. (2018). Analytical report on the results of the monitoring of court decisions on the application of the provisions of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the practice of the European Court of Human Rights in Ukraine. Retrieved from: https://www.osce.org/uk/project-coordinator-in-ukraine/390506?download=true [in Ukrainian].

Gavrilyuk, O. (2018). Problematic issues of the application of the case law of the European Court of Human Rights by national courts. *Pidpriyemnictvo, gospodarstvo i pravo* : el. versiya, 4. Retrieved from: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/4/40.pdf [in Ukrainian].

Резюме

Соклакова К.С. **Проблемні питання застосування національними судами практики Європейського суду з прав людини як джерела права.**

У статті досліджено основні проблеми застосування національними судами практики Європейського суду з прав людини як джерела права. Зокрема, проаналізовано такі проблемні питання, як невизначеність щодо обов'язковості застосування практики Європейського суду з прав людини у справах проти інших держав, місця такої практики в системі джерел права України, доцільності застосування неофіційного перекладу рішень Європейського суду з прав людини при розгляді справ національними судами. Завдяки аналізу позицій науковців та суддів щодо проблемних питань застосування практики Європейського суду з прав людини національними судами як джерела права виокремлено шляхи їх вирішення.

Ключові слова: рішення Європейського суду з прав людини, застосування практики Європейського суду з прав людини, місце практики Європейського суду з прав людини, переклад рішень Європейського суду з прав людини.

Резюме

Соклакова К.С. **Проблемные вопросы применения национальными судами практики Европейского суда по правам человека как источника права.**

В статье исследованы основные проблемы применения национальными судами практики Европейского суда по правам человека как источника права. В частности, проанализированы такие проблемные вопросы, как неопределенность относительно обязательности применения практики Европейского суда по правам человека по делам против других государств, места такой практики в системе источников права Украины, целесообразности применения неофициального перевода решений Европейского суда по правам человека при рассмотрении дел национальными судами. Благодаря анализу позиций ученых и судей касательно проблемных вопросов применения практики Европейского суда по правам человека национальными судами в качестве источника права выделены пути их решения.

Ключевые слова: решения Европейского суда по правам человека, применение практики Европейского суда по правам человека, место практики Европейского суда по правам человека, перевод решений Европейского суда по правам человека.

Summary

Karina Soklakova. **Problems issues on the application of the national courts of the European Court of Human Rights practice as a source of law.**

The article explores the main problems of the application by the national courts of the case law of the European Court of Human Rights as a source of law. Analyzing the rules of the law and examining the views of the Supreme Court have highlighted the problematic issues of the obligation to apply the case law of the European Court of Human Rights to national courts as a source of law. The researchers' positions on the obligation of national courts to apply the case law of the European Court of Human Rights in cases against other states are examined and the importance of the application of the case law of the European Court of Human Rights is highlighted. Analyzing the views of scholars and experts, we have proposed ways to address the issues of the binding application of the case law of the European Court of Human Rights by reviewing the plenary sessions of high courts.

The problems of the application of the case law of the European Court of Human Rights by national courts, such as the selective application of the case law of the Court, references to general principles and interpretations, ignoring the conditions of their application, absolutization of the binding position of the Court, application of the decisions of the Court by analogy, reference to the practice Court in the presence of clear and consistent provisions of national law, etc. The following ways of solving these problems are proposed: 1) revising the concept and content of the Law of Ukraine "On the implementation of decisions and application of the practice of the European Court of Human Rights" and amending the legislation in order to bring it in line with the provisions of the new procedural legislation and modern ideas of theorists and practitioners about the legal nature of decisions The European Court of Human Rights; 2) preparing a resolution of the Plenum of the Supreme Court on the application of the Convention and the case-law of the Court, which should be based on a thorough analysis of the shortcomings and peculiarities of the case-law of the national courts.

The problematic issues of the application of the case law of the European Court of Human Rights in the absence of official translations of the Court's decisions are examined. Analyzing the views of scholars and experts, we have proposed ways to solve these problems by creating a single electronic database that will contain official translations of Court decisions in the Ukrainian language that will ensure their accessibility and dissemination.

Key words: decisions of the European Court of Human Rights, application of the case law of the European Court of Human Rights, place of practice of the European Court of Human Rights, translation of the decisions of the European Court of Human Rights.

Д.І. ТКАЧ

Дмитро Іванович Ткач, *доктор політичних наук, професор, завідувач кафедри міжнародних відносин і журналістики, проректор з міжнародних зв'язків Університету «КРОК»*

РЕЦЕНЗІЯ НА КНИГУ СІЛІ КАТАЛІН ТА КАЛМАР ФЕРЕНЦА «ПРОПОЗИЦІЇ ЩОДО ПРИНЦИПІВ ЗАХИСТУ ПРАВ НАЦІОНАЛЬНИХ МЕНШИН В ЄС»*

Досить помітним явищем в угорській правовій думці щодо європейського ставлення до проблеми захисту прав національних меншин стала книга Сілі Каталін та Калмар Ференца «Пропозиції щодо принципів захисту прав національних меншин в ЄС», що вийшла друком у видавництві «Bethlen Gábor Alapkezelő Zrt.» (м. Будапешт) 2019 року.

Вже на початку книги автори зазначають, що захист прав національних меншин належить до найважливіших політико-правових цінностей сучасного демократичного світу». Проте книга має не лише політико-правову цінність, у ній на основі глибокого аналізу робиться спроба виробити рекомендації для покращення ситуації у цій царині в Євросоюзі. І тут потрібно визнати: авторам це вдалося, і книга, яка, до речі, написана лаконічною та доступною для пересічного читача мовою, читається легко, зрозуміло та, врешті-решт, цікаво, є путівником у розумінні теперішніх питань захисту прав національних меншин у Європі.

У першому розділі книги «Принципи захисту прав нацменшин у ЄС» автори, аналізуючи законодавчі акти ЄС, які регулюють права цієї частини населення країн Спільноти, показують, що у XXI столітті Європейський Союз стикається з багатьма викликами у цій царині. Нині до корінних національних меншин належать понад п'ятдесят мільйонів людей, а це – майже населення Іспанії.

Однак доля корінних нацменшин у Європі сьогодні не визначена. Таким чином, можна стверджувати, що у Європейському Союзі потрібно провести значну роботу зі створення юридичної основи для захисту їх прав.

Хоч завдяки піонерській ролі угорських політиків дечого в цій сфері вдалося досягнути. Так, за ініціативи Дйордя Фрунда, румунського юриста, політика угорського походження, була прийнята Резолюція 1735 (2006) Парламентською асамблеєю Ради Європи, яка встановлює права щодо національних громад, подібні до прав фізичних осіб, а також визнає їх складовим фактором держави, визнає їхнє право зберігати та відстоювати свою національну ідентичність. Рекомендація охоплює: необхідність колективного захисту, визнання культурних традицій національних меншин, позитивної дискримінації меншин, наприклад, пропорційну зайнятість.

Парламентська асамблея Ради Європи у 2014 р. затвердила звіт Ференца Калара – угорського політика (ET PKGY 1985 (2014)), підписаний Комісією з питань захисту прав меншин, у якому говориться про право нацменшин на самовизначення, прийняття рішень органами місцевого самоврядування, самостійність, застосування рідної мови, важливість культурної автономії, визнання колективних прав та заборони дискримінації в усіх її формах.

Далі дослідники інформують про зміст документів, прийнятих Парламентською асамблеєю Ради Європи, щодо захисту прав національних меншин, акцентуючи увагу на тому, що більшість із них була ініційована угорськими політиками та вченими.

У висновках розділу автори стверджують, що настав час сказати, що ЄС повинен усі ці документи, які стосуються захисту прав національних меншин, перекласти у свої власні правила та практику.

Розділ другий присвячений основним принципам захисту прав нацменшин в ЄС. Дослідники зазначають, що існують думки, згідно з якими захист прав національних меншини повинен залишатися компетенцією національної держави. Таким чином ЄС, що сформував власну систему, в якій усі сфери відповідають

© Д.І. Ткач, 2019

* *Рецензія на кн.:* Kalmar Ferenc, Dr. Szili Katalin. Possible basic principles for the protection of national minorities in the EU. Budapest: Bethlen Gábor Alapkezelő Zrt.

європейським демократичним принципам, у царині захисту прав нацменшин не вимагає створення загального стандарту.

Європа щодо захисту прав корінних національних меншин потребує створення відповідної правової бази. Особливо перед загрозою імміграційних меншин, яка останні роки стала новим викликом для країн ЄС та всієї Спільноти загалом.

У зв'язку з цим автори пропонують такі принципи:

1) питання національних меншин – це не внутрішня справа кожної країни, а європейська справа;

2) громадянство не пов'язується з національною ідентичністю;

3) право на ідентичність є основою захисту національної меншини;

4) забезпечення колективних прав є невід'ємною ознакою національних меншин, які проживають на території держави.

Вважаємо, що такий погляд авторів на розвиток європейського права щодо захисту прав національних меншин заслуговує схвалення не лише за сміливість і новизну, а й за глибокий, ґрунтовний та змістовний правовий аналіз.

Поглиблення співпраці КУП НАНУ з УАПП

21 листопада 2019 р. в приміщенні Українського альянсу по боротьбі з підробками і піратством (далі – УАПП) відбулась чергова ділова зустріч президента УАПП *Антоніни Пахаренко-Андерсон* та ректора Київського університету права НАН України *Юрія Бошицького*, присвячена обговоренню нагальних питань подальшого співробітництва сторін у сфері правової охорони інтелектуальної власності, покращення освіти та науки у цій сфері. У переговорах брали участь професор, завідувач музейним фондом КУП НАНУ *Геннадій Семаков* та провідні фахівці зі зв'язків із громадськістю *Вероніка Березанська* та *Лариса Севастьянова.*

Сторони дійшли висновку, що діяльність спільно створеного і відкритого у 2015 р. на партнерських засадах першого в Україні стаціонарного Музею підробок і піратства УАПП та КУП НАНУ – знайшов схвалення та підтримку з боку студентства, науковців, широкої громадськості, а також Всесвітньої організації інтелектуальної власності (Женева, Швейцарія) – повинна бути покращена для реалізації головної мети: посилення боротьби з контрафактною та піратською продукцією, шляхом підвищення ефективності захисту прав інтелектуальної власності;

Сторони домовились про необхідність створення на базі Рівненського інституту КУП НАНУ філії Музею підробок і піратства УАПП на партнерських засадах, на основі якого створити Західний центр боротьби з контрафактною і піратською продукцією. У цьому Музеї будуть експонуватися різноманітні агітаційні матеріали, розроблені УАПП та інші експонати просвітницького характеру.

У свою чергу, пані президент УАПП наголосила на важливості продовження спільної ділової та просвітницької діяльності, направленої на спільну боротьбу з контрафакцією та піратською продукцією та завірила про намір продовжити співпрацю у цій сфері.

У НАН України створено робочу групу з моніторингу законодавства України в науковій, науково-технічній та інноваційній сферах

КУП НАНУ включили до складу засідання робочої групи НАН України з моніторингу законодавства України в науковій, науково-технічній та інноваційній сферах.

Перше засідання відбулося 29 листопада 2019 р. в будівлі НАН України під головуванням головного ученого секретаря НАН України академіка *Вячеслава Богданова.*

У засіданні взяли участь ректор Київського університету права НАН України *Юрій Бошицький***,** народний депутат України академік *Олександр Копиленко,* голова Північно-Східного наукового центру НАН України та МОН України, генеральний директор Державної наукової установи «Науково-технологічний комплекс «Інститут монокристалів» НАН України» академік *Володимир Семиноженко,* перший заступник головного ученого секретаря НАН України – начальник Науково-організаційного відділу Президії НАН України *Олег Кубальський,* керуючий справами НАН України, кандидат медичних наук *Михайло Сидоренко*, начальник Відділу наукових і керівних кадрів НАН України *Володимир Палій,* начальник Відділу науково-правового забезпечення діяльності НАН України *Юрій Тертичний,* директор Інституту економіко-правових досліджень НАН України *Володимир Устименко,* директор Центру досліджень інтелектуальної власності та трансферу технологій НАН України *Юрій Капіца,* заступник директора Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України наук *Олександр Скрипнюк*.

Метою створення Робочої групи є здійснення аналізу чинного законодавства, моніторингу законопроектів та проектів інших нормативно-правових актів у галузі наукової, науково-технічної, інноваційної діяльності та діяльності НАН України, а також підготовки пропозицій щодо внесення змін до нього.

За результатами засідання Робочої групи ухвалено рішення сконцентрувати свої зусилля на здійсненні фахового моніторингу змін у нормативно-правових актах, що регулюють діяльність у науковій та науково-технічній сферах, зокрема у тісній співпраці з академічними установами правознавчого профілю, насамперед з Київським університетом права, а також з Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького та Інститутом економіко-правових досліджень. Важливим напрямом роботи було визначено підготовку пропозицій щодо вдосконалення нормативно-правової бази в науковій, науково-технічній та інноваційній сферах та діяльності НАН України.

Включення до Робочої групи є дуже почесним для КУП НАНУ та підкреслює авторитет університету. Наші спеціалісти зосереджуватимуть всі зусилля для підготування конкретних пропозицій у вигляді проектів законодавчих актів із зазначених питань у найкоротші строки

Засідання круглого столу на тему: «Сучасні проблеми правової системи України (кримінально-правовий та кримінологічний концепт)»

3 грудня 2019 р. в Київському університеті права НАН України відбувся круглий стіл на тему: «Сучасні проблеми правової системи України (кримінально-правовий та кримінологічний концепт)», організований кафедрою кримінального права та процесу. Його учасниками стали студенти 4 курсу, аспіранти та викладачі.

Відкрили засідання наукового заходу декан юридичного факультету *Тетяна Тарасевич* та проректор з адміністративної та наукової роботи *Наталія Кайда*, зазначивши про актуальність та важливість обраної теми, що круглий стіл є майданчиком для обговорення найбільш важливих питань, надзвичайно важливих як для студентів, так і аспірантів. Адже, у сучасному світі посилюються інтеграційні процеси в багатьох сферах суспільного життя. Це стосується і правової сфери. Спостерігається збільшення кількості вчинених злочинів, ускладнюється їх структура, виникають нові види злочинних посягань. Модератор заходу – доцент кафедри кримінального права та процесу *Р.В. Перелигіна*.

Доповідачі підготували розгорнуті повідомлення з даної тематики, підкріплені яскравими презентаціями. Було відзначено наступних студентів: *Вікторія Вовк* – «Проблема злочинності і тероризму в сучасному світі»; *Альона Ковальова* – «Особливості злочинності у циганських таборах»; *Яна Лопушанська* – «Жіноча злочинність в реаліях сьогодення»; *Ольга Марченко* – «Професійна злочинність»; *Анна Тарасенко* – «Фішинг у сучасних умовах»; *Валерія Цируль* – «Латентність злочинів, пов'язаних із вандалізмом»; *Юрій Маркус* – «Кіберзлочинність в Україні»; *Катерина Кошель* – «Кримінологічна характеристика особи насильницького злочинця».

На завершення заходу з цікавою презентацією виступили професор кафедри кримінального права та процесу *Петро Біленчук* та аспірант *Микола Малій*, які висвітлили проблемні питання кіберзлочинності в Україні та перспективи їх подальшого вирішення.

Круглий стіл на тему: «Захист прав людини у XXI столітті: можливості, виклики та перспективи»

10 грудня 2019 р., у Всесвітній день прав людини, у Київському університеті права НАН України відбувся круглий стіл на тему: «Захист прав людини у XXI столітті: можливості, виклики та перспективи». Саме у цей день в 1948 р. Генеральна Асамблея ООН ухвалила Загальну декларацію прав людини – перший універсальний міжнародний акт з прав людини. Пізніше, в 1950-му р., всім зацікавленим державам і організаціям було запропоновано відзначати цю дату як Всесвітній день прав людини, відповідно до резолюції Генеральної Асамблеї ООН A/RES/423 (V).

Метою проголошення цього дня є привернення уваги «людей у всьому світі» до Загальної декларації прав людини як до загального ідеалу для всіх людей і народів.

Цього року девіз всесвітнього Дня прав людини – «Молодь встає на захист прав людини». Як зазначають в ООН, ця тема повинна продемонструвати як молоді люди у всьому світі виступають проти расизму, мови ненависті, булінгу, дискримінації, зміни клімату.

Студенти КУП НАНУ також були не байдужими до вищезазначених тем і обговорили такі питання, як міжнародно-правове регулювання захисту прав навколишнього середовища; історичні аспекти та сучасні рішення щодо боротьби з дискримінацією, расовою сегрегацією, політикою апартеїду; правове регулювання запобігання насильства проти жінок; захист прав людини у кіберпросторі тощо.

Презентація науково-освітньої платформи Ради Європи

На запрошення керівника відділу департаменту з виконання рішень Європейського суду з прав людини Ради Європи *Павла Пушкаря*, у рамках заходів до тижня прав людини 11 грудня 2019 р., викладачі та студенти КУП НАНУ відвідали презентацію Європейської програми освіти з прав людини для юристів (HELP), організованої Радою Європи.

Зокрема, у своєму виступі юрист Ради Європи *Саймон Янцарек* зазначив, що Європейська програма освіти з прав людини для юристів (HELP) підтримує держави-члени Ради Європи у впровадженні Європейської конвенції про захист прав та основоположних свобод людини 1950 року відповідно до Рекомендації Комітету Міністрів (2004), Інтерлакенської декларації 2010 року, Брайтонської декларації 2012 року та Брюссельської декларації 2014 року.

У свою чергу, Павло Пушкар ознайомив присутніх із статистичними даними та тенденціями щодо виконання рішень ЄСПЛ в Україні, а також провів порівняльний аналіз з іншими державами-членами Ради Європи.

Особливий інтерес аудиторії викликав виступ *Фредеріка Сандберг* про позитивні аспекти онлайн-платформи, можливість використання цього ресурсу при навчанні та викладанні, а також впровадження понад 35-ти різних юридичних курсів платформи на актуальні теми в навчальні програми закладів вищої освіти.

Гість КУП НАНУ – Спікер Парламенту Угорщини (2002–2009), Уповноважений Прем'єр-міністра Угорщини Каталіна Сілі

У межах свого візиту в Україну до КУП НАНУ завітала Спікер Парламенту Угорщини (2002–2009), Уповноважений Прем'єр-міністра Угорщини *Каталіна Сілі.*

Пані Каталіна Сілі зустрілася зі студентами і провела майстер-клас із актуальних питань міжнародного права, в якому відзначила важливість поглиблення освітянських і наукових зв'язків між університетами наших країн.

Враховуючи, що другу освіту Каталіна Сілі отримала у сфері екології, під час свого виступу вона розповіла присутнім, що на сьогодні опікується також проблемами забруднення навколишнього середовища. Пані Сілі навела багато фактів забруднення навколишнього середовища, що турбують міжнародну спільноту, у тому числі юридичну. Так, зокрема, це рівень забруднення Світового океану, Карпатського регіону та ін. У зв'язку з чим, вона підкреслила необхідність консолідації зусиль молодого покоління майбутніх юристів у цьому контексті, що буде сприяти покращенню майбутнього обох держав.

Каталіна Сілі звернула увагу студентів на ті можливості, які відкриваються перед ними завдяки міжнародним зв'язкам університету в сфері закордонної освіти. Вона запропонувала налагодити співпрацю з юридичним факультетом Університету міста Печ, у якому навчалася, а також співпрацю з Вашингтонським університетом права, з яким підтримує міцні та дружні відносини.

Варто відмітити піднесену атмосферу, яка панувала на майстер-класі Каталіни Сілі. Студенти ставили питання, які викликали цікаву та жваву дискусію. Почесній гості принагідно було проведено екскурсію університетом, зокрема музеями криміналістики імені Ганса Гроса, підробок та піратства, створений за сприяння Українського альянсу по боротьбі з підробками та піратством, комп'ютерних технологій та криміналістичної техніки імені В.М. Глушкова та ін. Надзвичайно позитивне враження на Каталіну Сілі справила бібліотека університету, а також угорські видання, які вона містить.

Каталіна Сілі наголосила, що 10-річна співпраця з КУП НАНУ постійно дає можливість реалізовувати успішні проекти. Зокрема пані Сілі запропонувала навесні провести цикл майстер-класів для студентів КУП НАНУ з актуальних проблем міжнародного права.

До відома авторів

Просимо вас дотримуватися правил підготовки, комплектації та оформлення рукописів для «Часопису Київського університету права». Авторські рукописи мають бути оформленими відповідно до державних стандартів і відповідати вимогам Постанови ВАК України № 7-05/1 від 15.01.2003 р.: «*…приймати до друку… лише наукові статті, які мають такі необхідні елементи: постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми і на які спирається автор; виділення невиділених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з даного дослідження і перспективи подальших розвідок у даному напрямі»* (Бюлетень ВАК України, № 1, 2003).

1. Редакція приймає до друку статті українською або російською, або англійською мовами.

Файл з текстом наукової статті має містити:

– відомості про автора (ім'я, по батькові повністю, прізвище, вчений ступінь, вчене звання, посада, місце роботи, службовий і мобільний телефони, e-mail);

– ORCID;

– розширене УДК статті;

– назва статті, резюме (500–700 знаків) та ключові слова (5–7 слів або словосполучень) українською, російською та англійською мовами);

– розширена анотація (1–1,5 сторінки: шрифт – 14 pt; інтервал між рядками – 1,5 pt) та відомості про автора англійською мовою;

– назви файлів повинні містити прізвище автора (наприклад: Іваненко_стаття.doc; Іваненко_анотація.doc).

2. Авторам (співавторам), які не мають наукового ступеня, потрібно надіслати рецензію доктора/кандидата юридичних наук, який є фахівцем у галузі знань, що стосується тематики поданої наукової статті.

3. Вимоги до оформлення тексту рукопису.

3.1. Папір формату А4; параметри сторінки: верхній і нижній береги – 20 мм, лівий – 30 мм, правий – 15 мм; шрифт Times New Roman – 14 pt.; інтервал між рядками – 1,5.

3.2. Посилання на джерела оформлюються як кінцеві або посторінкові виноски – арабськими цифрами в автоматичному режимі.

Опис використаних джерел подається мовою оригіналу і оформлюється відповідно до Національного стандарту України ДСТУ 8302:2015.

3.3. Після опису використаних джерел подається References – список використаних джерел, транслітерований латиницею і оформлений відповідно до міжнародного стилю оформлення наукових публікацій APA (American Psychological Association) style. Назви періодичних видань (журналів) наводяться відповідно до офіційного латинського написання за номером реєстрації ISSN. До джерела необхідно додати позначення про мову оригіналу (наприклад: [in Ukrainian]) і цифровий ідентифікатор DOI (в разі наявності).

3.4. Авторські примітки оформлюються наприкінці сторінок з використанням символу * як знаку виноски.

4. Обсяг авторських рукописів. Орієнтовний обсяг статті – 10–15 сторінок (20–30 тис. зн. з пробілами); наукових повідомлень, рецензій тощо – 3–5 сторінок.

Матеріали, надані з порушенням зазначених вимог, не публікуються.

Редакція залишає за собою право відхиляти статті:

• які не відповідають проблематиці журналу;

• які, на думку редакції, не відповідають науковому рівню журналу;

• які містять грубі помилки та неточності;

• які мають ознаки компілятивного відтворення ідей і матеріалів інших авторів.

Автор несе відповідальність за достовірність викладеного матеріалу, належність останнього йому особисто та якість перекладу цитат з іншомовних джерел.

Редакційна колегія має право рецензувати, редагувати, скорочувати та відхиляти статті.

Публікації здійснюються на платній основі.

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

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

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

Київський університет права НАН України
вул. Терещенківська, 2. *Тетяна Володимирівна,* тел.: 044-235-63-24, 097-431-97-77
www.chasprava.com.ua e-mail: chasprava@ukr.net

Нагадуємо:

відповідальність за достовірність інформації, що міститься в статтях і повідомленнях часопису, лежить на їхніх авторах; у статтях і повідомленнях часопису висловлені погляди їхніх авторів, які не завжди збігаються з поглядами редакції; рукописи і рецензії авторам не повертаємо.

Редакція часопису